

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الملك سعود
كلية التربية
قسم الثقافة الإسلامية

المستثنيات من القواعد الفقهية الكلية

بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في الآداب
تخصص الفقه وأصوله

إعداد الطالب
خالد بن عبد الرحمن بن عبد الله العسكر
الرقم الجامعي: ٤٢٥١٢١١٩٨

إشراف
الدكتور / العربي محمد الادريسي
الأستاذ المشارك بقسم الثقافة الإسلامية

المجلد الأول

الفصل الثاني سنة ١٤٣٠ هـ



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الملك سعود
كلية التربية
قسم الثقافة الإسلامية

المستثنيات من القواعد الفقهية الكلية

بحث مقدم استكمالا لمتطلبات درجة الدكتوراه في الآداب
تخصص الفقه وأصوله

إعداد الطالب
خالد بن عبد الرحمن بن عبد الله العسكر
الرقم الجامعي : ٤٢٥١٢١١٩٨

إشراف
الدكتور/ العربي محمد الإدريسي
الأستاذ المشارك بقسم الثقافة الإسلامية

المجلد الأول

الفصل الثاني سنة ١٤٣٠


بسم الله الرحمن الرحيم

(المستثنيات من القواعد الفقهية الكلية)

إعداد الطالب

خالد بن عبد الرحمن العسكر

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ ١٤ / ٦/ ١٤٣٠ هـ وتم إجازتها

المشرف

الدكتور / العربي بن محمد الإدريسي

أعضاء لجنة الحكم

الأستاذ الدكتور / علي بن عبدالعزيز العميريني

الدكتور / فهد بن عبدالله العريني

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الملك سعود
كلية التربية
قسم الثقافة الإسلامية

(ملخص رسالة دكتوراه تم إجازتها في ١٤/ ٦/ ١٤٣٠هـ)

موضوع الرسالة : المستثنيات من القواعد الفقهية الكلية

إعداد الطالب : خالد بن عبد الرحمن العسكر

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد

تظهر أهمية البحث من خلال الجوانب التالية:

١ – أهمية القواعد الفقهية لطالب العلم، فإن في دراستها خير عون على الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتناظرة وربط مسائل الفقه بأبوابه المتعددة بوحدات موضوعية يجمعها قياس واحد.

٢ – إن هذا البحث مع ما فيه من بيان لمآخذ العلماء من القواعد الفقهية، فإن فيه بيان حكم هذه المستثنيات التي تشتمل على مسائل فقهية كثيرة تلامس واقع الناس في هذا العصر والتي تحتاج إلى مزيد بحث في بيان حكمها.

٣ – إن فيه خدمة لهذا العلم من حيث بيان وجه دخول كل مسألة تحت قاعدتها ووجه الاستثناء منها.

٤ – إن المستثنيات من القواعد الفقهية تُعَدُّ نوعاً من الفقه، فيجري فيها ما يجري في الفقه من الاتفاق والخلاف وهذا الموضوع مهم ويحتاج إلى بيان.

٥ – إن المستثنيات في الجملة تمثل إشكالاً في طريق التخريج على القاعدة، فإن الفقيه إذا أراد تخريج حكم مسألة على قاعدتها عرض لذهنه احتمال أن تكون هذه المسألة من المستثنيات من القاعدة.

٦ – إن بعض المستثنيات تذكر بالنظر لما فيها من الشبه الصوري بمسائل القاعدة وعند التحقيق يتبين أن هذه المستثنيات ليست مندرجة تحت القاعدة أصلاً، فحينئذ يحتاج إلى بيان ذلك، وهذا ما يهدف إليه هذا البحث.

٢

٧ – إن فروع تلك القاعدة قد يعارضها أثر، أو ضرورة، أو قيد، أو علة مؤثرة، أوإجماع، أو عرف يخرجها عن الاطراد، فتكون مستثناة من تلك القاعدة، وهذا يؤكد أهمية هذا البحث لمعرفة وجه الاستثناء من القاعدة.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق هذه المستثنيات من حيث حكمها عند الفقهاء ، وبيان وجه دخول هذه المستثنيات تحت القواعد، ومعرفة سبب وعلة الاستثناء وخروجه من القاعدة.

خطة البحث :

قسمت البحث إلى مقدمة، وتمهيد، وبابين، وخاتمة.

التمهيد: في تعريف القواعد الفقهية والاستثناء منها، وفيه مبحثان ، و الباب الأول: في المستثنيات من القواعد الخمس الكبرى: وفيه خمسة فصول ، والباب الثاني: في المستثنيات من القواعد الكلية، وفيه تسعة وعشرون فصلاً .

أهم النتائج:

١ – أن موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية من الموضوعات المهمة في جانبه النظري والتطبيقي، ومع هذا فإن الدراسات السابقة في الجانب التطبيقي قليلة، ولذلك كان جديراً بالدراسة والبحث.

٢ – تبين من تمهيد البحث أن القاعدة الفقهية قضية كلية، بمعنى أنه يدخل فيها كل الجزئيات التي تنطبق عليها، وأن الاستثناء لا يقدح في كلية القاعدة؛ لأن هذا من باب الكليات الاستقرائية لا العقلية، والكليات في الاستقرائيات صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات.

٣ – أن الغالب في القواعد الكلية ورود الاستثناء عليها، فقد ظهر من هذا البحث أن خمساً وثلاثين قاعدة كلية استثني منها أكثر من مائة وأربع وخمسين مسألة.

٤ – بعض القواعد الفقهية ما استثني منها من الفروع أكثر مما دخل فيها، وذلك مثل قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"

٥ – أن الاستثناء من القواعد الفقهية يعتبر نوعاً من الفقه يجري فيه ما يجري في الفقه من الاتفاق والخلاف، ولذا ظهر من خلال البحث أن المسائل المستثناة ترد في الغالب على قول مذهب

يخالف بقية المذاهب الأربعة.

٦ – أن الاستثناء عند بعض العلماء قد يطلق على المسائل التي لا تدخل تحت القاعدة، ومن خلال هذا البحث تبين أن ست عشرة مسألة غير داخلة تحت القواعد المستثناة منها.

٧ – أن من أسباب الاستثناء هو فقدان شرط من شروط القاعدة، أو قيد من قيودها وهذا كثير أيضاً، حيث تكون صيغة القاعدة محتملة لدخول المسألة المستثناة فيها، ولكن بتأمل ما قيل في شروط القاعدة أو قيودها يظهر أن المسألة المستثناة لم تتوافر فيها شروط القاعدة أو قيودها، ولذلك يحكم باستثنائها، فتكون مستثناة من القاعدة لمشابهتها للقاعدة في صورتها، ولكنها عند التحقيق غير داخلة في القاعدة، ومن خلال هذا البحث تبين أن إحدى عشرة مسألة كان سبب الاستثناء عدم تحقق شروط القواعد فيها .

٨ – أن من أسباب الاستثناء ورود النص، وذلك أن بعض المسائل تكون داخلة في قاعدة ما، ومع ذلك حكم باستثنائها من قاعدتها، ويكون سبب الاستثناء هو ورود نص شرعي فيها بخصوصها منع من إلحاقها بالقاعدة، وهذا كثير فقد استثنيت من القواعد الكلية ثماني عشرة مسألة كان سبب الاستثناء فيها النص من القرآن أو السنة .

٩ – أن بعض المسائل تكون داخلة في قاعدة ما، ومع ذلك يحكم باستثنائها من هذه القاعدة بسبب مانع يتمثل في قاعدة أخرى هي بها أولى؛ حيث تتنازع المسألة قاعدتان، فيظهر اندراج المسألة في قاعدة ما، ولكنها تعتبر عند بعض العلماء من مستثنيات القاعدة، لأنه قد نزعتها قاعدة أخرى هي بها أولى، فتكون المسألة مستثناة من القاعدة الأولى بسبب رجحان قاعدة أخرى، وهذا كثير، فقد ظهر لي من خلال هذا البحث ما يقارب خمساً وعشرين مسألة مستثناة من هذا النوع

١٠– هناك أسباب أخرى للاستثناء والتي ظهرت من خلال هذا البحث ومن ذلك: الإجماع، والقياس ، والعرف، والضرورة، والحاجة، والاحتياط وغيرها.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وصلى الله على نبينا محمد وآله وسلم

Summary of Doctorate Theme

Theme subject : The exceptions from the total jurisprudence rules

Prepared by : student : Khalid Abdurrahman Al-Asker

Thank for God and peace been upon prophet Mohammed and his relatives and companions

The importance of the research

The importance of the research will appear from the following aspects :

1- The importance of jurisprudence rules the science student , its study will enable the student to keep and save and control more subjects and connection of jurisprudence subjects with its multi articles and some units aggregate in one measure.
2- This research even it contains some of scholars opinions about the jurisprudence rules, but it contains the statement of judgment for these exceptions which include many jurisprudence subjects close to the people situation in this period which need more research to explain its role.
3- It serve this science from the entrance statement for each subject under its rule and aspect of exception .
4- The exceptions from jurisprudence rules its type of jurisprudence, it has the same as jurisprudence from agreed

points and difference ones, this subject is very important and needs explanation.

5- The exceptions as general represent problem in going out of the rule , if the scholar needs to pull out the rule of certain subject from its rule, he may think this will come out of the exceptions from the rule.
6- Some exceptions remind by the similar aspect of rule subject and in verification it will appeared that the exceptions were not included under the rule, in this case he needs to explain that, and this is the target of the research.
7- The branches of that rule may have counter affect, or necessity or restriction or affecting factor, or general agreement or traditional put it out of the scope , and then it will be excepted from that rule, and this will emphasize the importance of this research in order to know the exception from the rule .

The Aims of the Research

The research aims to realize these exceptions as from its judgment to the scholars , and the statement of entrance under the rules , and to know the reason and the defect of the exception and why it comes out of the rule.

Research Plan:

I divided the research into , introduction , preface and two classes and summary .

Preface : in definition of jurisprudence rules and exception from it , it includes two themes or subjects, and the first class: the exception from the big five rules: and it includes five classes: and the second class: in the exceptions from the total rules, and it includes twenty nine classes .

The Most Important Results:

1- The subject of exception from the jurisprudence rule is one of the important subjects in both theoretical and application aspect, even through the previous studies in application aspect were few , there for it needs study and research .

2- From the research preface it appears that the jurisprudence rule is total subject , that means it includes all portions apply upon it, and the exception never talks about the rule, because it a class from the induction and not the opinion , and the total in induction is correct even some portions were not included .

3- The often in the total rules the exception were mentioned about it , in this research there are thirty five rule excluded from it more than one hundred fifty four subjects.
4- What was excepted from jurisprudence rule more than what was entered in it, for example : " when you want to get something prior it due you will be punish by never getting it"
5- The exception from jurisprudence rules it considered as type of jurisprudence include the same agreement and differences which going on in the jurisprudence , there for it appears from the research the exception subjects often return to one doctrine disagreed the others four doctrines.
6- The exception for some scholars may be apply upon for the subjects which never come under the rule, and from this research we came to find there were sixteen subjects never come under the exception rules.
7- The reasons behind the exception is missing of one term from the rule terms, or restriction and this also its too much , here the rule formula may enter the excepted subject , but with consideration to the rule terms or restrictions , the excepted case may not hold or have the rule terms or it restrictions due to its exception , by this way it will be excepted from the rule due to similarity in shape, but while verification it never enters in the rule , and from this research

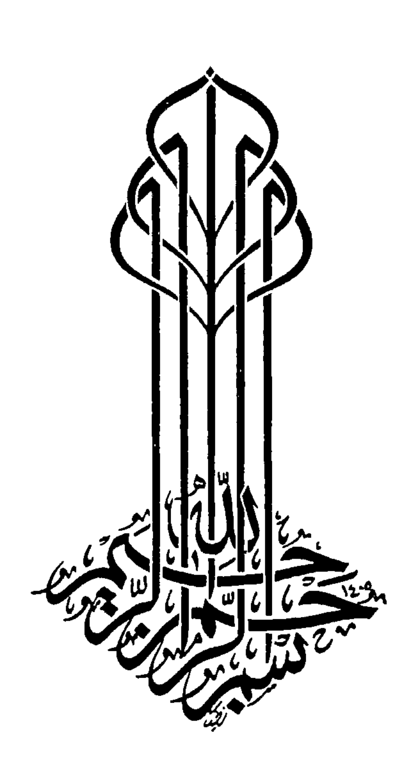
we came to find out there are eleven subjects the reasons behind it never realize the rule terms in it.

8- The reasons of exception is mentioning of the text , some of the subjects enter one rule, and even that it was excepted from the its rule , and the reason for exception the is legal text to forbid it from joining the rule, and there are so many excluded from the total rule almost around eighteen cases and the reason of exception because there is text from Quran or Hadith.

9- Some cases may be enter one rule , and even that it will be excluded from the rule due to obstacle represent in other rule has priority , there will be dispute between two rules , and the case will be included in one of them, but some scholars considered it as exception from the rule, because it was pulled by other rule has priority , so it will be excluded from the first rule due to preponderance in the other rule, and this too much, I found from this research there are around twenty five cases excluded from this type.

10- There are some reasons for exception appeared from this research which are: unanimity, measurement, custom, necessity , needs, reservation and others .

And thank for God and peace been upon prophet Mohammed and his relatives and companions.



المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد:

فإن علم القواعد الفقهية من العلوم الشرعية المهمة، وله صلة قوية بعلم الفقه وأصوله، وذلك لما لهذه القواعد من فوائد عظيمة، وآثار بليغة تنعكس إيجابياً في تكوين الملكة الفقهية لدى المتخصص في الفقه وتجعله أكثر إدراكاً وأوسع فهماً وأبلغ معرفة بأحكام الشريعة ومقاصدها، إضافة إلى ما تتميز به هذه القواعد من جمع للفروع المتفرقة التي لا تنحصر في جميع الأحكام الشرعية.

ومن أعظم فوائد القواعد الفقهية أنها تعين على معرفة أحكام المسائل الجديدة، والنوازل المعاصرة، عن طريق تخريج حكم المسألة على قاعدتها التي يظهر للفقيه اندراجها فيها، لكن التخريج عليها يعرض له أمر يجعل الفقهية أكثر دقة وحرصاً، ألا وهو ورود المستثنيات من القواعد؛ فإن الفقيه إذا أراد تخريج حكم مسألة على قاعدتها عرض لذهنه احتمال أن تكون هذه المسألة من المسائل المستثناة من القاعدة، وهذا أمر يعكر على صحة التخريج على القواعد بلا شك.

ونظراً لأهمية الاستثناء من القواعد وكثرة المستثنيات منها التي تحتاج إلى بحث وبيان، اخترت دراسة هذا الموضوع.

أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث من خلال الجوانب التالية:

١ — أهمية القواعد الفقهية لطالب العلم، فإن في دراستها خير عون على الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتناظرة وربط مسائل الفقه بأبوابه المتعددة

بوحدات موضوعية يجمعها قياس واحد.

٢ – إن هذا البحث مع ما فيه من بيان لمآخذ العلماء من القواعد الفقهية، فإن فيه بيان حكم هذه المستثنيات التي تشتمل على مسائل فقهية كثيرة تلامس واقع الناس في هذا العصر والتي تحتاج إلى مزيد بحث في بيان حكمها.

٣ – إن فيه خدمة لهذا العلم من حيث بيان وجه دخول كل مسألة تحت قاعدتها ووجه الاستثناء منها.

٤ – إن المستثنيات من القواعد الفقهية تُعَدُّ نوعاً من الفقه، فيجري فيها ما يجري في الفقه من الاتفاق والخلاف وهذا الموضوع مهم ويحتاج إلى بيان.

٥ – إن المستثنيات في الجملة تمثل إشكالاً في طريق التخريج على القاعدة، فإن الفقيه إذا أراد تخريج حكم مسألة على قاعدتها عرض لذهنه احتمال أن تكون هذه المسألة من المستثنيات من القاعدة.

٦ – إن بعض المستثنيات تذكر بالنظر لما فيها من الشبه الصوري بمسائل القاعدة وعند التحقيق يتبين أن هذه المستثنيات ليست مندرجة تحت القاعدة أصلاً، فحينئذ يحتاج إلى بيان ذلك، وهذا ما يهدف إليه هذا البحث.

٧ – إن فروع تلك القاعدة قد يعارضها أثر، أو ضرورة، أو قيد، أو علة مؤثرة، أو إجماع، أو عرف يخرجها عن الاطراد، فتكون مستثناة من تلك القاعدة، وهذا يؤكد أهمية هذا البحث لمعرفة وجه الاستثناء من القاعدة.

أسباب اختيار الموضوع:

دعاني لاختيار الموضوع أسباب عدة أجملها فيما يلي:

١ – قناعتي التامة بأهمية البحث المتمثلة في ارتباط هذا الموضوع بعلم من العلوم المهمة لطالب العلم وهو علم القواعد الفقهية.

٢ – وجود كثير من المسائل المستثناة من القواعد الكلية بحاجة إلى دراسة وتحقيق.

٣ – عدم وجود رسالة علمية بحثت هذا الموضوع.

مشكلة البحث:

إن بعض كتب القواعد الفقهية تذكر المستثنيات من القواعد دون تفصيل لهذه المسائل من حيث:

١ – اتفاق العلماء واختلافهم فيها، لأن المستثنيات من القواعد الفقهية تعد نوعاً من الفقه، فكما أن أصحاب المذاهب الفقهية قد يتفقون في أحكام المسائل الفقهية وقد يختلفون، فهم قد يتفقون في اعتبار مسألة من المسائل مستثناة من قاعدتها وقد يختلفون.

٢ – إن المستثنيات تذكر مع القواعد في بعض الكتب بالنظر إلى شبه المسألة المستثناة بالقاعدة في الصورة فقط، وقد يوجد بينهما اختلاف في الحقيقة.

٣ – إن خروج هذه المستثنيات لا بد أن يكون له سبب أو علة وغالب كتب القواعد لا تذكر سبب الاستثناء.

حدود البحث:

لما كانت القواعد الفقهية كثيرة جداً كان من الصعوبة بحث المستثنيات منها في رسالة علمية، فرأيت حصر البحث في المستثنيات من القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد الكلية. فتكون حدود البحث على النحو التالي:

أولاً: المستثنيات من القواعد الخمس الكبرى ومن القواعد الكلية التي ذكرت في كتب القواعد في كل مذهب من المذاهب الأربعة المتقدمة والمتأخرة، واستبعاد المسائل نادرة الوقوع أو قليلة الوقوع، وأما المسائل المتشابهة في الحكم والصورة فأكتفي بأحدها، والقواعد الكلية التي لم أجد لها مستثنيات فلن أذكرها في هذا البحث.

ثانياً: لما رأيت اختلافاً بين كتب القواعد في ترتيب وعدد القواعد الكلية، اخترت أن يكون مدار البحث على القواعد الكلية التي ذكرها السيوطي في كتابه «الأشباه والنظائر»، وتم اختيار قواعد هذا الكتاب للتالي:

١ — أن القواعد الكلية التي ذكرها السيوطي أكثر من القواعد التي ذكرها غيره كالسبكي وابن نجيم وغيرهما حسب الاطلاع.

٢ — أنه قسم القواعد الكلية إلى قسمين:

أ) القواعد الخمس الكبرى، وما تفرع عنها من قواعد.

ب) القواعد الكلية غير الكبرى، وعددها أربعون قاعدة.

وبناء على هذا التقسيم عند السيوطي وغيره قسمت البحث إلى بابين:

الباب الأول: في القواعد الخمس الكبرى.

والباب الثاني: في القواعد الكلية.

وهذا التحديد من ناحية القواعد، أما بحث المستثنيات فلن يكون قاصراً على ما ذكره السيوطي.

الدراسات السابقة:

تكلم الفقهاء عن الاستثناء في كتبهم في مسائل متناثرة كالقرافي في كتابه الاستغناء في أحكام الاستثناء، والبكري في كتابه الاستغناء في الفرق والاستثناء، وكذا السبكي والسيوطي وابن نجيم في الأشباه والنظائر وغيرهم.

وأما الرسائل الجامعية التي لها صلة بموضوع الاستثناء عموماً فهي على النحو التالي:

١ — الاستثناء عند الأصوليين، رسالة ماجستير للدكتور أكرم بن محمد بن حسين أوزيقان، فقد تطرق الباحث لمفهوم الاستثناء عند الأصوليين والمسائل المتعلقة بذلك.

٢ — الاستثناء في أحكام التشريع الإسلامي، ضوابطه، فروقه، أقسامه،رسالة ماجستير لناصر قارة، وكما يظهر أن هذا البحث في الأمور النظرية ولا يوجد فيه ما يتعلق بالمسائل التطبيقية في القواعد الفقهية، فهو قريب من البحث الأول.

٣ — الاستثناء وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير لعبد الله بن حسن الجبجر، تطرق الباحث إلى تعريف الاستثناء وأدواته وشروطه وأقسامه ثم أورد تطبيقات الاستثناء في الفقه الإسلامي حسب أبواب الفقه دون الدخول في باب القواعد الفقهية.

٤ — المستثنيات في العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعية التي ترد عليها في الفقه الإسلامي. رسالة ماجستير لنجاح عثمان أبو العينين إسماعيل، وهذه الرسالة في بحث المستثنيات في العبادات والمعاملات دراسة فقهية وليست في دراسة القواعد الكلية والمستثنيات منها.

فالبحث الأول والثاني في الاستثناء في الأصول وفي المسائل النظرية، والبحث الثالث والرابع في الاستثناء في الفقه وتطبيقاته حسب أبواب الفقه.

وأما مقصودي من البحث فهو الاستثناء من القواعد الفقهية الكلية والذي لم أجد فيه رسالة جامعية، وإنما وجدت ثلاثة بحوث قصيرة للدكتور عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان وكلها تبحث الموضوع من الناحية النظرية، ولم يتطرق الدكتور الشعلان للناحية التطبيقية والتي يهدف إليها هذا البحث إلا من باب التمثيل، وبحوثه على النحو الآتي:

البحث الأول: بعنوان «**المستثنيات من القواعد الفقهية — أنواعها والقياس عليها**» (وهذا البحث نشر في مجلة أم القرى العدد ٣٤) جاء مضمون البحث في (١٦٠) صفحة وخلاصة هذا البحث على النحو الآتي: تكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة.

١ — اشتمل التمهيد على ثلاثة مطالب: أولها لبيان معنى القاعدة والثاني لبيان أركان القاعدة والثالث: بيان معنى الاستثناء من القواعد.

٢ — في المبحث الأول: قسم المستثنيات باعتبار الخلاف فيها وعدمه إلى نوعين: مسائل متفق عليها وأخرى مختلف فيها، وذكر مثالين فقط على المتفق عليها وأربعة على المختلف فيها.

٣ – في المبحث الثاني: قسم المستثنيات باعتبار وجه شبهها بقواعدها إلى نوعين: النوع الأول مستثنيات من القاعدة بالنظر إلى شبهها بقواعدها في الصورة، والنوع الثاني: مستثنيات من القاعدة بالنظر إلى وجود المماثلة الحقيقية. وذكر ثلاثة أمثلة على النوع الأول وثلاثة أمثلة على النوع الثاني.

٤ – في المبحث الثالث قسم المستثنيات باعتبار معقولية معناها وعدمها إلى نوعين: النوع الأول مستثنيات غير معقولة المعنى، النوع الثاني مستثنيات معقولة المعنى، وذكر ثلاثة أمثلة على النوع الأول وثلاثة أمثلة على النوع الثاني.

٥ – في المبحث الرابع بيان حكم القياس على المستثنيات من القواعد إذا كانت معقولة المعنى.

البحث الثاني: بعنوان «**الاستثناء من القواعد الفقهية "حقيقته والمؤلفات فيه"**» وهذا البحث نشر في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد (٦٩) قسم البحث إلى مقدمة وتمهيد، وثلاثة مباحث وخاتمة.

التمهيد: معنى الاستثناء من القاعدة.

المبحث الثاني: علاقة الاستثناء من القواعد ببعض العلوم.

المبحث الثالث: المؤلفات التي اعتنى أصحابها بذكر المستثنيات من القواعد.

البحث الثالث: بعنوان «**الاستثناء من القواعد الفقهية "أسبابه وآثاره"**» (نشرته عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام).

قسم البحث إلى مقدمة، وتمهيد، ومبحثين، وخاتمة.

المبحث الأول: في أسباب الاستثناء.

المبحث الثاني: أثر الاستثناء في كلية القاعدة وحجيتها.

وهذا البحث في ذكر أسباب الاستثناء من الجانب النظري، حيث ذكر الأسباب على وجه العموم دون البحث في سبب كل مسألة مستثناة، وذكر لكل سبب مثالاً أو

مثالين، الخاص منها بالقواعد الكلية ستة أمثلة فقط.

ويظهر للمتأمل أن هذه البحوث للدكتور الشعلان جاءت في بحث الاستثناء من القواعد من الجانب النظري فقط دون التعرض للجانب التطبيقي الذي هو مقصودي من البحث سوى ما ذكر من الأمثلة القليلة جداً، المتعلق منها بالقواعد الكلية – مجال هذا البحث – ثلاثة عشر مثالاً فقط.

وأما المؤلفات التي أفردت كل قاعدة ببحث مستقل ولم يتطرق أصحابها للمستثنيات من القاعدة فهي على النحو الآتي:

١ – كتاب «**قاعدة الأمور بمقاصدها**» تأليف الدكتور يعقوب الباحسين.

٢ – كتاب «**قاعدة اليقين لا يزول بالشك**» تأليف الدكتور يعقوب الباحسين. تكلم عن الاستثناء من القاعدة في ست صفحات، نقل المستثنيات عن السيوطي ونقل موقف القفال الشاشي ومن وافقه من تلك المسائل فقط.

٣ – كتاب «**قاعدة المشقة تجلب التيسير**» تأليف الدكتور عامر سعيد الزيباري.

٤ – كتاب «**قاعدة المشقة تجلب التيسير**» تأليف الدكتور يعقوب الباحسين.

٥ – كتاب «**المشقة تجلب التيسير دراسة نظرية وتطبيقية**» تأليف صالح ابن سليمان اليوسف.

٦ – كتاب «**قاعدة لا ضرر ولا ضرار**» تأليف محمد بن عبد العزيز السويلم.

٧ – كتاب «**قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية**» تأليف الدكتور يعقوب الباحسين.

٨ – كتاب «**قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله**» تأليف مصطفى هرموش.

ومن خلال العرض السابق للدراسات السابقة يتبين أن الجانب التطبيقي في موضوع الاستثناء في القواعد الفقهية الكلية لا يزال بحاجة ماسة إلى خدمته بالبحث

والدراسة، ولا يوجد فيه بحث حتى الآن، سوى ما ذكره الدكتور الشعلان من أمثلة عددها ثلاثة عشر مثالاً، وما ذكره الدكتور يعقوب الباحسين من بعض المستثنيات من قاعدة اليقين لا يزول بالشك.

علماً أن موقفي مما سُبقت إليه أني سأشير إليه بإيجاز.

أهداف البحث:

١ – تحقيق هذه المستثنيات من حيث حكمها عند الفقهاء.

٢ – بيان وجه دخول هذه المستثنيات تحت القواعد.

٣ – معرفة سبب وعلة الاستثناء وخروجه من القاعدة.

أسئلة البحث:

١ – ما الحكم الفقهي لكل مسألة مستثناة من مسائل هذا البحث؟

٢ – إن بين كل قاعدة ومستثناها وجه شبه، فما وجه دخول هذه المستثنيات تحت قواعدها؟

٣ – إن فروع كل قاعدة قد يعارضها أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة أو إجماع أو عرف يخرجها عن الأفراد فتكون مستثناة، فما سبب استثناء كل مسألة من مسائل هذا البحث؟

منهج البحث:

المنهج الذي سرت عليه في البحث المنهج الاستقرائي الاستنتاجي، وذلك باستقراء المادة العلمية للموضوع من المصادر الأصلية لكتب القواعد الفقهية وفقه المذاهب مع مراجعة ما كتبه المعاصرون.

إجراءات البحث:

١ – وضع تصور لكل قاعدة من حيث معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

٢ – تحقيق القول في المستثنيات في كل قاعدة كلية والقواعد المتفرعة عنها، ويكون ذلك من خلال ثلاثة مقاصد:

- المقصد الأول: حكم المسألة عند المذاهب الأربعة.
- المقصد ا لثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.
- المقصد الثالث: سبب الاستثناء من القاعدة.

٣ – إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٤ – إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فاتبعت ما يأتي:

- أ/ حررت محل الخلاف إذا كانت صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.
- ب/ ذكرت الأقوال في المسألة ومن قال بها من الأئمة الأربعة مع ذكر الأدلة لكل قول، مقدماً القول الراجح.

٥ – قمت بتوثيق كل قاعدة، وكذلك كل مسألة من المسائل المستثناة من كتب القواعد الفقهية، مرتباً إياها حسب تاريخ وفاة مؤلفيها.

٦ – قمت بتوثيق الأقوال الفقهية من كتب المذاهب الأربعة مرتبة حسب أقدمية المذاهب: الحنفية، فالمالكية، فالشافعية، فالحنابلة.

٧ – عند ذكر المراجع اكتفي بذكر اسم المرجع إلا فيما يحصل فيه اشتباه، فأشير إلى اسم المؤلف، كما في الشرح الكبير لابن قدامة والشرح الكبير للدردير، والأشباه والنظائر للسبكي والسيوطي وابن نجيم.

٨ – عزوت الآيات القرآنية بذكر اسم السورة ورقم الآية، مع كتابتها بالرسم العثماني.

٩ – قمت بتخريج الأحاديث والآثار،فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت حينئذ بتخريجه منهما، وإن كان في غيرهما خرجته من كتب السنة المعتمدة، مع ذكر كلام أهل العلم فيها من حيث الصحة والضعف.

١٠– عرفت بالأعلام عند أول مناسبة ذكر العلم فيها وذلك باختصار، ما عدا الخلفاء الأربعة والعشرة المبشرين بالجنة والستة المكثرين من رواية الأحاديث «أبو هريرة وعائشة وجابر وأنس وابن عباس وابن عمر» }، والأئمة الأربعة رحمهم الله، وذلك لشهرتهم جميعاً، والمعاصرين أيضاً.

١١– عرفت المصطلحات العلمية والكلمات الغريبة التي تحتاج إلى بيان.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة، وتمهيد، وبابين، وخاتمة.

♦ **المقدمة، وفيها:**

- أهمية البحث.
- أسباب اختيار الموضوع.
- مشكلة البحث.
- حدود البحث.
- الدراسات السابقة.
- أهداف البحث.
- أسئلة البحث
- منهج البحث.
- إجراءات البحث.
- خطة البحث.

◆ **تمهيد: في تعريف القواعد الفقهية والاستثناء منها، وفيه مبحثان:**

○ المبحث الأول: في تعريف القواعد الفقهية وأقسامها، وفيه خمسة مطالب:

▪ المطلب الأول: في تعريف القواعد الفقهية.

▪ المطلب الثاني: في الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي.

▪ المطلب الثالث: في الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية.

▪ المطلب الرابع: في الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.

▪ المطلب الخامس: أقسام القواعد الفقهية.

○ المبحث الثاني: في الاستثناء وأقسامه، وفيه أربعة مطالب:

▪ المطلب الأول: في تعريف الاستثناء في اللغة والاصطلاح.

▪ المطلب الثاني: في تعريف الاستثناء من القواعد.

▪ المطلب الثالث: في أنواع المستثنيات من القواعد باعتبار الخلاف فيها وعدمه.

▪ المطلب الرابع: في أنواع المستثنيات باعتبار وجه شبهها بقواعدها.

◆ **الباب الأول: المستثنيات من القواعد الخمس الكبرى: وفيه خمسة فصول:**

● **الفصل الأول: المستثنيات من قاعدة "الأمور بمقاصدها"، وفيه تمهيد ومبحث واحد:**

○ التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.

○ المبحث: في المستثنيات من قاعدة "الأمور بمقاصدها"، وفيه ثلاث مسائل:

- **المسألة الأولى:** أخذ مال الغير على سبيل المزاح بدون إذنه.

- **المسألة الثانية:** إذا قال الرجل لزوجته هازلاً: أنت طالق.

- **المسألة الثالثة:** إذا قتل الوارث مورثه عمداً مستعجلاً الإرث.

● **الفصل الثاني: المستثنيات من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، وفيه تمهيد ومبحثان:**

○ التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وشروطها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

○ المبحث الأول: في المستثنيات من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، وفيه عشر مسائل:

- **المسألة الأولى**: إذا شك ماسح الخف، في انقضاء المدة.
- **المسألة الثانية**: إذا شك المسافر هل ابتدأ المسح في الحضر أو في السفر؟
- **المسألة الثالثة**: إذا وجد بللاً ولا يدري هل هو مني أو مذي؟
- **المسألة الرابعة**: إذا تيمم ثم رأى شيئاً لا يدري: أسراب هو أم ماء؟
- **المسألة الخامسة**: من أصابته نجاسة في ثوبه أو بدنه وجهل موضعها.
- **المسألة السادسة**: إذا شكت المستحاضة المتحيرة في انقطاع الدم قبل الصلاة.
- **المسألة السابعة**: إذا كبر المسافر بنية القصر خلف من لا يدري: أمسافر هو أم مقيم؟.
- **المسألة الثامنة**: إذا شك مسافر هل نوى الإقامة أو لا؟
- **المسألة التاسعة**: إذا شك مسافر، أَوَصَلَ عامر بلده أم لا؟
- **المسألة العاشرة**: إذا شك الناس في انقضاء وقت الجمعة.

○ المبحث الثاني: في المستثنيات من القواعد المندرجة تحت قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، وفيه أربعة مطالب:

■ المطلب الأول: في المستثنيات من قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، وفيه مسألتان:

- **المسألة الأولى**: إذا ادعى المُودَع هلاك الوديعة أو ردها.
- **المسألة الثانية**: إذا ادعت المرأة مضي عدتها في مدة تحتمل انقضاء العدة فيها.

■ المطلب الثاني: في المستثنيات من قاعدة: "من شك هل فعل شيئاً، أو لا؟ فالأصل أنه لم يفعله"، وفيه مسألتان:

- **المسألة الأولى**: إذا توضأ وشك في مسح الرأس.
- **المسألة الثانية**: إذا سلم من صلاته ثم شك هل صلى ثلاثاً أو أربعاً؟

- المطلب الثالث: المستثنيات من قاعدة: "الأصل العدم"، وفيه ثلاث مسائل:
  - **المسألة الأولى:** إذا جاء المضارب بمبلغ، وقال: هو أصل المال وربحه، وقال رب المال كله أصل المال.
  - **المسألة الثانية:** إذا أراد الواهب الرجوع في هبته فادعى الموهوب له هلاكها.
  - **المسألة الثالثة:** إذا طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي، فادعى الأب أداء النفقة عليهم.
- المطلب الرابع: في المستثنيات من قاعدة: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن"، وفيه ثلاث مسائل:
  - **المسألة الأولى:** إذا ادعى المشتري موجباً للرد بعد قبض المبيع.
  - **المسألة الثانية:** إذا ادعت زوجة نصراني أن إسلامها بعد وفاة زوجها، وأنكر الورثة.
  - **المسألة الثالثة:** إذا جاءت زوجته بولد واختلفا في وقت الولادة: قبل ستة أشهر من الدخول أو بعدها.

- **الفصل الثالث: المستثنيات من قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، وفيه تمهيد ومبحث واحد.**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، وفيه ثلاث مسائل:
    - **المسألة الأولى:** الزكاة فيما خرج من أرض الصغير والمجنون.
    - **المسألة الثانية:** إذا علق الطلاق على شيء ثم فعله، ناسياً.
    - **المسألة الثالثة:** المشقة المعتادة.
- **الفصل الرابع: المستثنيات من قاعدة "الضرر يزال"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

- المبحث: في المستثنيات من القواعد المندرجة تحت قاعدة "الضرر يزال"، وفيه مطلبان:
  - المطلب الأول: المستثنيات من قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"، وفيه ست مسائل:
    - **المسألة الأولى**: العرايا: أبيحت للفقراء، ثم جازت للأغنياء.
    - **المسألة الثانية**: الخلع: شرع مع المرأة على سبيل الرخصة، ثم جاز مع الأجنبي.
    - **المسألة الثالثة**: اللعان: شرع حيث تعسر إقامة البينة على زنا الزوجة، ثم جاز حيث يمكن إقامة البينة.
    - **المسألة الرابعة**: من أكره على الطلاق وأمكنه التورية فلم يفعل.
    - **المسألة الخامسة**: من اطلع على دار بغير إذن صاحبها.
    - **المسألة السادسة**: من وجد رجلاً يزني بامرأته.
  - المطلب الثاني: المستثنيات من قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"، وفيه ثلاث مسائل:
    - **المسألة الأولى**: شق بطن المرأة الميتة إذا رجي حياة الجنين.
    - **المسألة الثانية**: إذا بنى المشتري أو غرس في الأرض المشفوع فيها.
    - **المسألة الثالثة**: شرعية القصاص والحدود.

- **الفصل الخامس: المستثنيات من قاعدة: "العادة محكمة"، وفيه تمهيد ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها، والقواعد المندرجة تحتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "العادة محكمة"، وفيه مسألتان:
    - **المسألة الأولى**: عدم صحة البيع بالمعاطاة.
    - **المسألة الثانية**: عدم استحقاق الصناع الأجرة على عمل قاموا به بدون عقد.

♦ **الباب الثاني: المستثنيات من القواعد الكلية، وفيه تسعة وعشرون فصلاً:**

• **الفصل الأول: المستثنيات من قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"، وفيه تمهيد ومبحث واحد:**

○ التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.

○ المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"، وفيه أربع مسائل:

- **المسألة الأولى:** إذا حمى الإمام أرضاً، فإنه يجوز لغيره من الأئمة نقضه.
- **المسألة الثانية:** نقض القسمة في قسمة الإجبار بعد بيان الغلط أو الحيف.
- **المسألة الثالثة:** إذا قوم شخص سلعة ثم اشتراها وبعد القبض تبين أنها معيبة بعيب مؤثر.
- **المسألة الرابعة:** إذا أقام الخارج بينة وحُكم له بها وصارت الدار في يده، ثم أقام الداخل بينة.

• **الفصل الثاني: المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، وفيه تمهيد ومبحثان:**

○ التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

○ المبحث الأول: في المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، وفيه سبع مسائل.

- **المسألة الأولى:** الاجتهاد في الأواني إذا كان بعضها طاهراً وبعضها نجساً.
- **المسألة الثانية:** الاجتهاد في الثياب إذا كان بعضها طاهراً وبعضها نجساً.
- **المسألة الثالثة:** مس المحدث التفسير إذا كان القرآن أكثر من التفسير.
- **المسألة الرابعة:** إذا أكل المُحْرِم شيئاً قد استهلك الطيب فيه.
- **المسألة الخامسة:** إذا باع الإنسان في صفقة واحدة حلالاً وحراماً.

- **المسألة السادسة:** معاملة من خالط ماله الحرام.
- **المسألة السابعة:** الأكل من ذبيحة من أحد أبويه كتابي والآخر مجوسي.

○ المبحث الثاني: في المستثنيات من قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع"، وفيه خمس مسائل:

- **المسألة الأولى:** غسل الشهيد الجنب.
- **المسألة الثانية:** اختلاط موتى المسلمين بالكفار.
- **المسألة الثالثة:** سكن أحد الشريكين العقار المشترك في غيبة شريكه.
- **المسألة الرابعة:** تعمير أحد الشريكين العقار المشترك بدون إذن شريكه.
- **المسألة الخامسة:** بيع الشريك الحاضر الثمار المشتركة بينه وبين شريكه الغائب.

● **الفصل الثالث: المستثنيات من قاعدة: "التابع تابع"، والقواعد المندرجة تحتها، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**

○ التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

○ المبحث: في المستثنيات من القواعد المندرجة تحت قاعدة: "التابع تابع"، وفيه مطلبان:

■ المطلب الأول: المستثنيات من قاعدة: "التابع لا يفرد بالحكم"، وفيه ثلاث مسائل:

- **المسألة الأولى:** إذا أسقط المرتهن حقه في حبس الرهن.
- **المسألة الثانية:** إذا أبرأ الدائن الكفيل.
- **المسألة الثالثة:** إذا ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً.

■ المطلب الثاني: المستثنيات من قاعدة: "التابع يسقط بسقوط المتبوع"، وفيه مسألة واحدة.

- **وهي:** إجراء الموسى على رأس الأقرع.

- **الفصل الرابع: المستثنيات من قاعدة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"، وفيه مسألتان:
    - **المسألة الأولى:** إذا باع الأب مال ولده الصغير، وسلم العين قبل استيفاء الثمن.
    - **المسألة الثانية:** تزويج الأب أو الجد ابنته الصغيرة من غير الكفء.
- **الفصل الخامس: المستثنيات من قاعدة: "الحر لا يدخل تحت اليد"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الحر لا يدخل تحت اليد"، وفيه مسألة واحدة.
    - **وهي:** لو كانت امرأة تحت رجل، وادعى آخر أنها زوجته.
- **الفصل السادس: المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً"، وفيه مسألة واحدة:
    - **وهي:** الجناية إذا تعددت على واحد بقطع عضوه ثم قتله.
- **الفصل السابع: المستثنيات من قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"، وفيه مسألة واحدة:
  - **وهي**: إذا قال الزوج لزوجته هذه ابنتي.

- **الفصل الثامن: المستثنيات من قاعدة: "الخراج بالضمان"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها ودليلها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الخراج بالضمان"، وفيه مسألة واحدة:
    - **وهي**: ضمان الغاصب الغلة المتولدة من الشيء المغصوب إذا كانت على هيئته وصورته.

- **الفصل التاسع: المستثنيات من قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب"، وفيه تمهيد ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب"، وفيه ثلاث مسائل:
    - **المسألة الأولى**: رفع اليدين في الصلاة.
    - **المسألة الثانية**: الفصل في الوتر أفضل من وصله.
    - **المسألة الثالثة**: الصوم في السفر أفضل من الفطر لمن لم يتضرر به.

- **الفصل العاشر: المستثنيات من قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع"، وفيه مسألة واحدة:
    - **وهي**: الطلاق يرفع النكاح ولا يدفعه لحل الرجعة.

- **الفصل الحادي عشر: المستثنيات من قاعدة: "الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه"، وفيه مسألة واحدة:
    - **وهي:** إذا ضرب الزوج زوجته أو الأب ابنه وأفضى إلى الهلاك.
- **الفصل الثاني عشر: المستثنيات من قاعدة: "السؤال معاد في الجواب"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "السؤال معاد في الجواب"، وفيه مسألة واحدة:
    - **وهي:** إذا قال الولي: زوجتك ابنتي، فقال الرجل: قبلت.
- **الفصل الثالث عشر: المستثنيات من قاعدة: "لا ينسب للساكت قول"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "لا ينسب للساكت قول"، وفيه خمس عشرة مسألة:
    - **المسألة الأولى:** سكوت المحرم على حلق الحلال لرأسه مع القدرة على منعه.
    - **المسألة الثانية:** سكوت ولي الصبي المميز إذا رآه يبيع ويشتري.
    - **المسألة الثالثة:** سكوت المشتري إذا علم عيباً في المبيع.
    - **المسألة الرابعة:** سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة، حين قال الآخر: قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً.
    - **المسألة الخامسة:** سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة.

- **المسألة السادسة:** سكوت الوكيل.
- **المسألة السابعة:** سكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد العلم والإمكان.
- **المسألة الثامنة:** سكوت الموقوف عليه.
- **المسألة التاسعة:** سكوت الواهب عند قبض الموهوب له الهبة.
- **المسألة العاشرة:** سكوت المتصدق عليه.
- **المسألة الحادية عشرة:** سكوت البكر عند استئذان وليها بالتزويج.
- **المسألة الثانية عشرة:** سكوت المدعى عليه حين طلب الحاكم منه الجواب عن دعوى المدعي بلا عذر.
- **المسألة الثالثة عشرة:** سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد.
- **المسألة الرابعة عشرة:** سكوت المقر له.
- **المسألة الخامسة عشرة:** القراءة على الشيخ وهو ساكت.

• **الفصل الرابع عشر: المستثنيات من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**

○ التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.

○ المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"، وفيه عشر مسائل:

- **المسألة الأولى:** الجمع بين المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات والفصل بغرفتين أفضل منه بست غرفات.
- **المسألة الثانية:** صلاة الصبح أفضل من سائر الصلوات.
- **المسألة الثالثة:** قراءة سورة قصيرة في الصلاة أفضل من بعض سورة وإن طال هذا البعض.
- **المسألة الرابعة:** القصر في السفر أفضل من الإتمام.
- **المسألة الخامسة:** تخفيف ركعتي الفجر أفضل من تطويلهما.

- **المسألة السادسة:** الوتر بركعة إذا اقتصر عليها أفضل من ركعتي الفجر.
- **المسألة السابعة:** صلاة الضحى ثمان ركعات أفضل من اثنتي عشرة ركعة.
- **المسألة الثامنة:** صلاة العيد أفضل من صلاة الكسوف مع كونها أشق وأكثر عملاً.
- **المسألة التاسعة:** الحج والوقوف راكباً أفضل منه ماشياً.
- **المسألة العاشرة:** التصدق بالأضحية بعد أكل قليل منها أفضل من التصدق بجميعها.

- **الفصل الخامس عشر: المستثنيات من قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**

○ التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

○ المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"، وفيه أربع مسائل:

- **المسألة الأولى:** الوضوء قبل الوقت سنة وهو أفضل منه في الوقت وهو واجب.
- **المسألة الثانية:** الأذان سنة أفضل من الإقامة وهي فرض كفاية.
- **المسألة الثالثة:** إبراء المعسر أفضل من إنظاره.
- **المسألة الرابعة:** ابتداء السلام أفضل من رده الواجب.

- **الفصل السادس عشر: المستثنيات من قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**

○ التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

○ المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها"، وفيه مسألتان:

- **المسألة الأولى:** الجماعة القليلة في المسجد القريب إذا خشي التعطيل لو لم يحضر فيه أفضل من الكثيرة في غيره.
- **المسألة الثانية:** الجماعة في المسجد أفضل منها في غيره وإن كثرت.

- **الفصل السابع عشر: المستثنيات من قاعدة: "الواجب لا يترك إلا لواجب"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الواجب لا يترك إلا لواجب"، وفيه خمس مسائل:
    - **المسألة الأولى:** سجود السهو لا يجب، ولو لم يشرع لم يجز.
    - **المسألة الثانية:** قتل الحية في الصلاة لا يجب، ولو لم يشرع لكان مبطلاً للصلاة.
    - **المسألة الثالثة:** زيادة ركوع في صلاة الكسوف لا بجب، ولو لم يشرع لم يجز.
    - **المسألة الرابعة:** رفع اليدين على التوالي في تكبيرات العيد لا يجب، ولو لم يشرع لم يجز.
    - **المسألة الخامسة:** النظر إلى المخطوبة لا يجب، ولو لم يشرع لم يجز.
- **الفصل الثامن عشر: المستثنيات من قاعدة: "ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه"، وفيه مسألتان:
    - **المسألة الأولى:** الحيض والنفاس يوجبان الغسل مع إيجابهما الوضوء أيضاً.
    - **المسألة الثانية:** لو شهد على محصن بالزنا فرجم ثم رجع الشهود.
- **الفصل التاسع عشر: المستثنيات من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"، وفيه تمهيد، ومبحثان:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.
  - المبحث الأول: في المستثنيات من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"، وفيه أربع مسائل:

- **المسألة الأولى:** الاستقراض بالربا في حال الاضطرار.
- **المسألة الثانية:** إذا خاف الوصي أن يستولي غاصب على مال الموصى عليه.
- **المسألة الثالثة:** دفع الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه.
- **المسألة الرابعة:** ما يدفع للشاعر ونحوه للتخلص من هجوه.

○ المبحث الثاني: في المستثنيات من قاعدة: "ما حرم فعله حرم طلبه"، وفيه مسألة واحدة:

- **وهي:** إذا ادعى المدعي دعوى صادقة فأنكر الخصم.

• **الفصل العشرون: المستثنيات من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**

○ التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

○ المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، وفيه عشر مسائل:

- **المسألة الأولى:** إذا شربت المرأة دواء فحاضت.
- **المسألة الثانية:** إذا أخر قبض دينه فراراً من الزكاة.
- **المسألة الثالثة:** إذا باع المال الزكوي قبل الحول فراراً من الزكاة.
- **المسألة الرابعة:** إذا قصد السفر في رمضان لأجل الفطر.
- **المسألة الخامسة:** إذا قتل صاحب الدين المؤجل المدين.
- **المسألة السادسة:** إذا قتل الموصى له الموصي.
- **المسألة السابعة:** إذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول.
- **المسألة الثامنة:** إذا طلق زوجته في مرض موته فراراً من إرثها.
- **المسألة التاسعة:** إذا أمسك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل إرثها.
- **المسألة العاشرة:** إذا أمسك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل الخلع.

- **الفصل الحادي والعشرون: المستثنيات من قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"، وفيه مسألتان:
    - **المسألة الأولى:** وجوب صلاة الفرض على فاقد الطهورين، ولا تجوز له صلاة النفل.
    - **المسألة الثانية:** تجوز النيابة عن المعضوب في حج الفرض وتمتنع في النفل.
- **الفصل الثاني والعشرون: المستثنيات من قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"، وفيه أربع مسائل:
    - **المسألة الأولى:** يملك القاضي الاستدانة على الوقف عند الحاجة ولا يملك الناظر ذلك.
    - **المسألة الثانية:** يملك القاضي استبدال الوقف عند تعطل الوقف ولا يملك الناظر ذلك.
    - **المسألة الثالثة:** يملك القاضي التقرير على الوظائف ولا يملك الناظر ذلك.
    - **المسألة الرابعة:** الوصي لا يملك استيفاء القصاص إذا قُتل مورث الصغير الذي تحت وصايته والقاضي يملك ذلك.
- **الفصل الثالث والعشرون: المستثنيات من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، وفيه سبع مسائل:
  - **المسألة الأولى:** إذا رأى المتيمم ركباً فظن أن معهم ماء.
  - **المسألة الثانية:** إذا صلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه متوضئ.
  - **المسألة الثالثة:** إذا صلى في ثوب وعنده أنه نجس فظهر أنه طاهر.
  - **المسألة الرابعة:** إذا صلى الفرض يظن الوقت لم يدخل ثم تبين أنه دخل.
  - **المسألة الخامسة:** إذا صلى خلف من يظنه متطهراً، فبان حدثه.
  - **المسألة السادسة:** إذا أعطى زكاة ماله من ظنه مصرفاً لها، ثم تبين أنه غني أو ابنه.
  - **المسألة السابعة:** إذا خاطب امرأته بالطلاق وهو يظنها أجنبية.

- **الفصل الرابع والعشرون المستثنيات من قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه"، و فيه ثلاث مسائل:
    - **المسألة الأولى:** إذا كان دليل المذهب ضعيفاً بحيث ينقض.
    - **المسألة الثانية:** أن يترافع فيه لحاكم، فيحكم بعقيدته.
    - **المسألة الثالثة:** إذا كان للمنكِر حق في الأمر.

- **الفصل الخامس والعشرون: المستثنيات من قاعدة: "يدخل القوي على الضعيف، ولا عكس"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "يدخل القوي على الضعيف، ولا عكس"، وفيه مسألة واحدة:
    - **وهي:** إذا نوى صوم نفل ثم أراد في أثنائه نية الفرض.

- **الفصل السادس والعشرون: المستثنيات من قاعدة: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"، وفيه مسألتان:
    - **المسألة الأولى:** التثليث في الوضوء عند ضيق وقت الصلاة.
    - **المسألة الثانية:** أكل بصل أو ثوم بقصد إسقاط الجمعة.
- **الفصل السابع والعشرون: المستثنيات من قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"، وفيه أربع مسائل:
    - **المسألة الأولى:** القادر على صوم بعض يوم دون كله.
    - **المسألة الثانية:** إذا اطلع المشتري على عيب ولم يتيسر له الرد ولا الإشهاد.
    - **المسألة الثالثة:** إذا وجد الشفيع بعض ثمن الشقص.
    - **المسألة الرابعة:** واجد بعض الرقبة في الكفارة.
- **الفصل الثامن والعشرون: المستثنيات من قاعدة: "ما لا يقبل التبعيض، فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "ما لا يقبل التبعيض، فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"، وفيه مسألة واحدة:
    - **وهي:** إذا قال الرجل لزوجته: أنت علي كظهر أمي.

- **الفصل التاسع والعشرون: المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، وفيه تمهيد، ومبحث واحد:**
  - التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.
  - المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، وفيه ثمان مسائل:
    - **المسألة الأولى:** إذا دل المحرم حلالاً على صيد فقتله.
    - **المسألة الثانية:** إذا غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها، وهو جاهل بالحال.
    - **المسألة الثالثة:** إذا دل المُودَع السارق على الوديعة.
    - **المسألة الرابعة:** إذا وقف عقاراً على قوم، فصرفت غلته إليهم، فخرج مستحقاً.
    - **المسألة الخامسة:** إذا دفع إلى صبي سكيناً ليمسكها له، فوقعت عليه فجرحته.
    - **المسألة السادسة:** إذا قدم شخص طعاماً مسموماً عالماً به إلى آخر فأكله وهو لا يعلم بالحال.
    - **المسألة السابعة:** إذا قتل الجلاد شخصاً بأمر الإمام ظلماً، وهو جاهل.
    - **المسألة الثامنة:** إذا أفتاه أهل للفتوى بإتلاف، ثم تبين خطؤه.

♦ **الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث والتوصيات التي توصل إليها الباحث خلال دراسته لهذا الموضوع.**

* * *

شكر وتقدير:

وإني أحمد الله سبحانه الذي يسر لي طريق العلم الشرعي، وأشكره على ما أنعم به من إتمام البحث، فهو أهل الفضل والمنة، ومنه يستمد العون والتوفيق.

ثم إني أتوجه بالشكر الجزيل إلى والدي الكريمين على ما لقيته منهما من تربية وتوجيه وبذل للغالي والنفيس، مما يعجز القلم عن كتابته، واللسان عن ذكره. فجزاهما الله عني خيراً كما ربياني صغيراً، وأسأل المولى أن يسبغ عليهما لباس العافية وأن يضاعف لهما الأجر والمثوبة، إنه جواد كريم.

ثم أتقدم بجزيل الشكر وعاطر الثناء للقائمين على هذه الجامعة المباركة، جامعة الملك سعود على ما يبذلونه من جهود في خدمة العلم وأهله، بارك الله في جهود هذه الجامعة، ونفع بها الإسلام والمسلمين.

كما أتقدم بالشكر لقسم الثقافة الإسلامية بكلية التربية ومنسوبيه؛ ممثلاً في فضيلة رئيس القسم وأساتذتي الفضلاء الذين تلقيت العلم عنهم في رحاب هذه الجامعة المباركة، سائلاً الله عز وجل أن يجزيهم خير الجزاء.

كما أتوجه بجزيل الشكر والامتنان، والاعتراف بالجميل لأستاذنا وشيخنا المشرف على هذه الرسالة فضيلة الدكتور العربي بن محمد الإدريسي – حفظه الله ورعاه – الذي تفضل مشكوراً بالإشراف على هذه الرسالة، وقدم المجهود العظيم في قراءتها، وأسدى لي النصح والإرشاد، والتوجيه القيم الذي كان لي – بعد الله جل وعلا – خير معين في إنجاز هذا العمل على كثرة مشاغله ومهامه العلمية والاجتماعية، ولا أنسى طريقته الرائعة في التوجيه والإرشاد، وسعة الصدر في المناقشة، فله مني كل تقدير وإجلال، وأسأل الله أن يجزيه خير الجزاء، وأن يرزقه الصحة والعافية.

كما أتوجه بالشكر الجزيل لمن تفضلا بمناقشة الرسالة، فضيلة شيخي الأستاذ الدكتور/ علي بن عبد العزيز العميريني – حفظه الله ورعاه – الذي نَهلتُ من علمهِ منذ أن كنت طالباً بالسنةِ المنهجية، ثم زادني تشريفاً بقبول مناقشة هذه الرسالة، وتخصيص جزءٍ من وقته الثمين لقراءتها وتقويمها فجزاه الله خير الجزاء، كما أشكر فضيلة الشيخ

الدكتور/ فهد بن عبد الله العريني – حفظه الله ورعاه – على تفضله بقبول مناقشة هذه الرسالة رغم ازدحام وقته بالكثير من الأعمال، وتجشمه بالحضور من مكة المكرمة، فأسأل الله أن يكتب له الخطوات ويرفع له الدرجات.

كما أشكر كل من ساعد على إنجاز هذا البحث من علمائنا وأساتذتنا الفضلاء والإخوة الأعزاء على ما قدموه لي من مراجع وآراء ومقترحات أفدت منها في هذا البحث فجزى الله الجميع خير الجزاء وجعل كل ما قدموه في ميزان حسناتهم.

وختاماً: فإني أحمد الله – جل وعلا – وأشكره على ما يسره لي من إكمال هذا البحث الذي هو من عمل بشر، وعمل البشر محل السهو والخطأ، وما كل من صَنَّف أتقن، ولا كل من قال أحسن، فالفضل مواهب، والقرائح مراتب، والعلم بحر زاخر، وحسبي أني بذلت وسعي، وأعطيت البحث الكثير من وقتي وفكري، فما كان من صواب فمن الله وحده، وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان، وأستغفر الله من الخطأ والنسيان.

وأسأل الله – جل وعلا – أن يجعلنا من الذين إذا أحسنوا استبشروا، وإذا أساؤوا استغفروا، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين؛ محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

التمهيد في تعريف القواعد الفقهية والاستثناء وأقسامهما

وفيه مبحثان:

- المبحث الأول: في تعريف القواعد الفقهية وأقسامها.

- المبحث الثاني: في تعريف الاستثناء وأقسامه.

* * *

المبحث الأول

تعريف القواعد الفقهية وأقسامها

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في تعريف القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: في الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية.

المطلب الثالث: في الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية.

المطلب الرابع: في الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية.

المطلب الخامس: في أقسام القواعد الفقهية.

* * *

المطلب الأول: في تعريف القواعد الفقهية:

قبل تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً على نوع معين من القواعد، لابد من معرفة جزأيها اللذين تركبت منهما، وهما: (القواعد) و (الفقهية)، لأن معناها اللقبي ليس بمعزل عن معاني ما تركبت منه.

لذلك سأتناول تعريف القاعدة والفقه من الجهتين: اللغوية، والاصطلاحية، ثم أخلص إلى بيان معنى القاعدة الفقهية باعتبارها علماً، وذلك فيما يلي:

الأمر الأول: معنى القاعدة لغة واصطلاحاً.

أ – معنى القاعدة في اللغة:

القاعدة في اللغة: من قعد وتأتي لعدة معانٍ منها: أساس الشيء وأصله، سواء أكان الشيء معنوياً، أم كان حسياً.

فالمعنوي كما يقال: قواعد الإسلام، أي أركانه وأسسه، ومنها قواعد العلوم كقواعد النحو وقواعد الأصول.

والحسي كما يقال: قواعد البيت: أساسه[1].

ب – معنى القاعدة في الاصطلاح:

عرفت القاعدة في الاصطلاح بعدة تعريفات[2]، ولعل الراجح منها تعريف صدر

---

(١) انظر: مقاييس اللغة ١٠٩/٥، لسان العرب ٣٦١/٣، المصباح المنير ٥١٠/٢.

(٢) هناك تعريفات للقاعدة من الناحية الاصطلاحية، من ذلك:

١ – عرفها الفيومي بمعنى الضابط، وهي: "الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"، المصباح المنير (٥١٠/٢).

٢ – عرفها تاج الدين ابن السبكي بأنها: "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة، تفهم أحكامها منها، ومنها ما لا يختص بباب كقولنا: "اليقين لا يزول بالشك"، ومنها ما يختص كقولنا: "كل كفارة سببها معين فهي على الفور". الأشباه والنظائر (١١/١).

٣ – عرفها سعد الدين التفتازاني بأنها: "حكم كلي ينطبق على جزئياتها لتعرف أحكامها منه، كقولنا: كل حكم دل عليه القياس فهو ثابت"، التلويح (٥٢/١).

٤ – عرفها الجرجاني بأنها: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"، التعريفات (٢١٩).

٥ – وعرفها جلال الدين المحلي بأنها: "قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها"، شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع بحاشية العطار، (٣١/١، ٣٢). =

الشريعة[١]، فقد عرف القواعد بأنها: "القضايا الكلية"[٢]، ويعد هذا التعريف من أسلم التعريفات؛ لأن التعبير بالقضية أتم وأشمل من الأمر والحكم، لتناولها جميع الأركان على وجه الحقيقة، مما يرشح أولوية استعمال القضية.

وأما ما ورد في تعريفاتهم للقاعدة، من أنها تنطبق على جميع جزئياتها لتعرف أحكامها منها، أو ما أشبه ذلك في معناه، فإنه يعود إلى كلية القضية[٣].

والقضية على وزن فعيلة، بمعنى مفعولة، سميت بذلك لاشتمالها على الحكم الذي يسمى قضاء[٤].

وهي في الاصطلاح: "كل مركب احتمل الصدق والكذب لذاته"[٥].

والمراد بالكلية: القضية المحكوم على جميع أفراد موضوعها[٦].

الأمر الثاني: معنى الفقه لغة واصطلاحاً.

أ – المعنى اللغوي للفقه: الفقه: العلم بالشيء والفهم له، وهو في الأصل: الفهم، يقال: أوتي فلان فقهاً في الدين، أي فهماً فيه[٧].

ب – المعنى الاصطلاحي للفقه: عرف الفقه بتعريفات كثيرة، لعل من أشهرها وأكثرها شيوعاً وشمولاً تعريفهم بأنه: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"[٨].

=وانظر في دراسة هذه التعريفات ومناقشتها: القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين (١٩، ٣٧).

(١) عبيد الله بن مسعود بن محمد البخاري المحبوبي الحنفي، الملقب بصدر الشريعة الأصغر، من فقهاء الأحناف وأصولييهم، إلى جانب كونه محدثاً ومفسراً ولغوياً، توفي سنة ٧٤٧هـ.
انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٣٦٩/٤)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (١٨٥).

(٢) التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح (٥٢/١).

(٣) القواعد الفقهية للباحسين (٣٥).

(٤) انظر: التلويح (٥٣/١).

(٥) التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح (٥٣/١).

(٦) انظر: حاشية العطار على شرح جمع الجوامع (٣١/١).

(٧) انظر: مقاييس اللغة (٤٤٢/٤)، لسان العرب (٥٢٢/١٣).

(٨) التعريفات للجرجاني (٢١٦).

الأمر الثالث: معنى القواعد الفقهية باعتبارها علماً على قواعد معينة:

بعد أن ذكرت تعريف القواعد الفقهية في اللغة والاصطلاح باعتبارها ألفاظاً مفردة، يحسن بنا التعريف باعتبارها لفظاً مركباً، وقد تعددت تعريفاها التي أوردها العلماء في مؤلفاهم، ومن هذه التعريفات:

١ - تعريف المقري[١] بأنها: "كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة"[٢].

٢ - وعرفها الحموي[٣] بأنها: "حكم أكثري، لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياتها، لتعرف أحكامها منه"[٤].

٣ - وعرفها مصطفى الزرقاء[٥] بأنها: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"[٦].

٤ - وعرفها الدكتور علي الندوي بأنها: "حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها"[٧]، أو "أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه"[٨].

---

(١) أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر التلمساني، الشهير بالمقري من علماء المالكية، من مؤلفاته كتاب القواعد، توفي سنة (٧٥٨هـ).
انظر: الديباج المذهب (٢/٢٩٠)، نيل الابتهاج (٢/٤٢٠)، الأعلام (٧/٣٧).

(٢) القواعد (١/٢١٢).

(٣) أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الفقيه الحنفي، له مؤلفات منها: الدر الفريد في بيان حكم التقليد، وغمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، وكشف الرمز عن خبايا الكنز، توفي سنة ١٠٩٨هـ.
انظر: الأعلام (١/٢٣٩)، معجم المؤلفين (٢/٩٣).

(٤) غمز عيون البصائر (١/٥١).

(٥) مصطفى بن أحمد بن محمد الزرقاء، فقيه، ولد في حلب لأسرة علمية عريقة اشتغلت بالفقه الحنفي، له مؤلفات منها: المدخل الفقهي العام، والمدخل للنظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي، وأحكام الوقف، والاستصلاح والمصلحة المرسلة، توفي سنة ١٤٢٠هـ.
انظر: ذيل الأعلام ٢/١٩٠.

(٦) المدخل الفقهي العام (٢/٩٤٧).

(٧) القواعد الفقهية (٤٣).

(٨) المرجع السابق (٤٥).

وهذه التعريفات لا تخلو من ملحوظات[١]، والتعريف المختار تعريف الدكتور علي الندوي، حيث عرف القواعد الفقهية بأنها: "حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها"[٢].

ووصف بعض من عرف القواعد بأنها كلية – أي محكوم فيها على جميع أفراد موضوعها[٣]، وهذا لا يقدح فيه تخلف بعض الآحاد من الصور المستثنيات، فإن هذه من باب الكليات الاستقرائية لا العقلية، والكليات الاستقرائية صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات، وقد قرر الشاطبي[٤] ذلك بعد بيان ورود الشريعة بالكليات الثلاث، وهي: الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات، فقال: "هذه الكليات الثلاث إذا كانت قد شرعت للمصالح الخاصة بها، فلا يرفعها تخلف آحاد الجزئيات"[٥]، وبهذا التوجيه يكون التعبير بالكلية مستقيماً، وسالماً من الاعتراض.

وبعد هذا يكون تعريف علم القواعد الفقهية: "العلم الذي يبحث فيه عن القضايا الكلية، التي جزئياتها قضايا فقهية كلية، من حيث معناها وما له صلة به، ومن حيث بيان أركانها، وشروطها، ومصدرها، وحجيتها، ونشأتها وتطورها، وما تنطبق عليه من الجزئيات، وما يستثنى منها"[٦].

ومحترزات هذا التعريف[٧]:

"العلم" كالجنس يشمل المُعَرف وغيره.

---

(١) انظر في دراسة هذه التعريفات ونقدها: القواعد الفقهية للندوي (٣٩، ٤٥)، القواعد الفقهية للباحسين (٣٨، ٥٤).

(٢) القواعد الفقهية (٤٣).

(٣) انظر: حاشية العطار على جمع الجوامع (٣١/١).

(٤) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، أصولي حافظ من أئمة المالكية، له مؤلفات منها: الموافقات والمجالس والإتقان في علم الاشتقاق والاعتصام، وأصول النحو، توفي سنة ٧٩٠هـ.
انظر: نيل الابتهاج (٤٨/١)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (٣٣٢/١).

(٥) الموافقات (٤٠/٢).

(٦) القواعد الفقهية للباحسين (٥٦).

(٧) انظر: المرجع السابق.

"الذي يبحث فيه عن القضايا الفقهية الكلية"، قيد أخرج ما ليس كذلك، كالقضايا الكلية الأصولية والمنطقية وغيرها.

"التي جزئياتها قضايا فقهية كلية" قيد أخرج القضايا الفقهية الفرعية التي هي جزئيات الأحكام الفقهية.

"من حيث معناها وما له صلة بها..."، قيود أُخر، وضحت حيثية هذا العلم وشخصت موضوعه، وأخرجت ما بحث في تلك القضايا لا من هذه الحيثيات، بل من حيثيات أخر.

* * *

المطلب الثاني: في الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية.

قبل بيان الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي، أذكر تعريف الضابط الفقهي:

الضابط في اللغة: اسم فاعل من الضبط، وهو لزوم الشيء وحبسه، ويطلق على حفظ الشيء بحزم[١].

والضابط في الاصطلاح: "قضية كلية فقهية تنطبق على فروع كثيرة من باب واحد"[٢].

والفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية:

من خلال ما تقدم في تعريف القاعدة الفقهية والضابط الفقهي يتبين أن القاعدة والضابط يشتركان في أن كلاً منهما قضية كلية فقهية تنطبق على جملة من الفروع الفقهية.

ويفترقان في أمور منها:

أولاً: أن القاعدة الفقهية لا تقتصر على باب واحد، مثل قاعدة: "الأمور بمقاصدها"، والضابط الفقهي يختص بباب من أبواب الفقه، مثل ضابط: "الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون"، فإن هذا الضابط يختص بباب الرهن، ولا يخرج عنه، فالقاعدة أعم وأشمل من حيث جمع الفروع وشمول المعاني، والضابط أخص وأضيق[٣].

ثانياً: أن القاعدة الفقهية أكثر استثناء من الضابط الفقهي؛ لأن الضابط يضبط موضوعاً واحداً، فلا يتسامح فيه بستثناء كثير[٤].

---

(١) انظر: لسان العرب (٣٤٠/٧)، المصباح المنير (٣٥٧/٢).

(٢) القواعد والضوابط الفقهية في الضمان في المال للهاجري (٥٠/١).

(٣) انظر: القواعد للمقري (٢١٢/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٩)، القواعد الفقهية للندوي (٤٦، ٥١).

(٤) انظر: القواعد الفقهية للندوي (٥١).

ثالثاً: أن القاعدة غالباً ما تكون محل اتفاق بين المذاهب الفقهية من حيث الجملة، وإن اختلفوا في بعض فروعها، أما الضابط الفقهي فكثيراً ما يختص بمذهب معين(١).

* * *

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٥/١).

المطلب الثالث: في الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية.

قبل بيان الفرق أذكر تعريف النظريات في اللغة والاصطلاح:

النظريات في اللغة: مشتقة من النظر ويأتي بعدة معان منها: تأمل الشيء بالعين[١].

وفي الاصطلاح: "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية، أو قضايا فقهية، حقيقتها: أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً"[٢].

والقواعد الفقهية والضوابط الفقهية يشتركان في أن كلاً منهما يشتمل على مسائل من أبواب متفرقة، ويفترقان في أمور منها:

أولاً: النظرية الفقهية أكثر اتساعاً وشمولاً من القاعدة الفقهية؛ لأن النظرية قد يندرج تحتها كثير من القواعد الكلية ذات الصلة بموضوع النظرية: كنظرية التعسف في استعمال الحق، يدخل فيها كثير من القواعد الفقهية مثل: "الضرر يزال" و"درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" و"إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بارتكاب أخفهما"، وغير ذلك.

غير أن القاعدة الفقهية قد تكون في بعض الأحيان أعم من النظرية من وجه آخر، فقد تكون القاعدة الفقهية ذات صلة بعدة نظريات فقهية[٣].

ثانياً: النظرية الفقهية تتضمن في الغالب المقومات الأساسية من أركان وشروط وضوابط، وهذا ما لا تتضمنه كثير من القواعد الفقهية[٤].

ثالثاً: النظرية الفقهية لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها؛ لأنها مجموعة من القضايا المتجانسة، في حين أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها[٥].

---

(١) انظر: مقاييس اللغة (٥/٤٤٤)، لسان العرب (٥/٢١٥).

(٢) القواعد الفقهية للندوي (٦٣).

(٣) انظر: القواعد الفقهية للباحسين (١٤٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٥).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٦).

(٥) انظر: القواعد الفقهية للندوي (٦٤).

رابعاً: النظرية الفقهية تصاغ على شكل بحث أو كتاب مطول، في حين أن القاعدة الفقهية تصاغ بعبارة موجزة دقيقة[1]، كنظرية الضمان، ونظرية الحق.

* * *

(١) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٦).

المطلب الرابع: في الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية:

قبل الحديث عن الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية يحسن بنا التعريف بالقواعد الأصولية:

ذكرت فيما سبق معنى القواعد، وأما الأصولية فهي نسبة إلى علم أصول الفقه.

والأصول: جمع أصل، والأصل لغة: ما يبنى عليه غيره[١].

وأصول الفقه هو: "العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية"[٢].

وأما تعريف القواعد الأصولية باعتبارها لقباً فهو: "قضية كلية يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الفقهية من الأدلة التفصيلية"[٣].

وأما الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية:

فإنه يوجد بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية قدر من التشابه من حيث إن كلاً منهما تندرج تحته فروع فقهية، وتخرج عليها الفروع الحادثة، وكلاهما يعد معياراً وميزاناً للفروع الفقهية؛ إذ قواعد الأصول معيار لاستنباط الفروع من الأدلة، وكذلك قواعد الفقه معيار لضبط الفروع المتشابهة بعد الاستنباط[٤]؛ إلا أن هذا لا يمنع من وجود فروق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية.

وقد أورد العلماء جملة من الفروق بينهما، ومن ذلك:

أولاً: من حيث الموضوع: وهو أظهر مجال للتفرقة بينهما، فموضوع القواعد الأصولية الأدلة الشرعية من حيث استخراج الأحكام منها وما يترتب عليها، فهي وسط بين الأدلة والأحكام، ومنهج يضبط طريقة استخراج الأحكام الشرعية من الأدلة، كقاعدة: "النهي يقتضي الفساد"، فهي بيان

---

(١) انظر: التعريفات للجرجاني (٤٩)، تاج العروس (١٧/٤٤٧).

(٢) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب للأصفهاني (١/١٤).

(٣) القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٧).

(٤) انظر: الممتع في القواعد الفقهية للدوسري (٢٠).

لأحكام استدلالية كلية.

أما القواعد الفقهية فموضوعها أفعال المكلفين من حيث حكم أفعالهم وتصرفاتهم، فتتسلط القاعدة عليه مباشرة، دون حاجة إلى واسطة بينهما، كقاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، فقواعد الفقه لبيان الأحكام الشرعية[1].

ثانياً: من حيث الاستمداد: فالقواعد الأصولية مستمدة من ثلاثة أشياء، هي: علم الكلام والعربية وتصور الأحكام الشرعية[2].

أما القواعد الفقهية فإنها مستمدة من بعض الأدلة الشرعية، أو المسائل الفرعية المتشابهة وأحكامها[3].

ثالثاً: من حيث الوجود: فالقواعد الأصولية متقدمة في الوجود الذهني والواقعي على القواعد الفقهية، وسبب ذلك أن القواعد الأصولية أدوات يستخدمها المجتهد ليستنبط بها الأحكام من الكتاب والسنة، فلهذا لابد أن تكون موجودة قبل أن يحصل الاستنباط، وهذا يعني أنها موجودة في ذهن الفقيه.

أما القواعد الفقهية فهي رابط يربط بين عدد من الفروع، وهذا الرابط الذي يجمع فروعاً متشابهة في المأخذ لا يمكن أن يوجد إلا بعد وجود الفروع، ومعرفة مآخذها، ومحاولة التوصل إلى صيغة واحدة مختصرة تجمعها، وهذا باعتبار الغالب[4].

رابعاً: من حيث الثمرة: فالقواعد الأصولية وسيلة لاستنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلة الشرع.

أما القواعد الفقهية فالمقصود منها تقريب المسائل الفقهية وتسهيلها، لأنها عبارة عن مجموعة الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى علة واحدة تجمعها، أو

---

(١) انظر: القواعد والضوابط الفقهية، للحصين (١/٦٢ — ٦٣)، القواعد الفقهية لعزام (١٦ — ١٧).

(٢) انظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١/٧).

(٣) انظر: مقدمة تحقيق كتاب القواعد للحصني (١/٢٥).

(٤) انظر: القواعد الفقهية للندوي (٦٩)، القواعد الفقهية لعزام (١٨).

ضابط فقهي يحيط بها[١].

خامساً: من حيث المصدر: فمصدر القاعدة الأصولية النظر في الدليل، أو في الحكم باعتباره ثابتاً بالدليل.

وأما مصدر القاعدة الفقهية فهو النظر في الفـــروع غالبـــاً إذ إن بعـــض القواعد الفقهية نصوص شرعية كقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار".

وحقيقة هذا الفرق: بيان وظيفة كل من القاعدتين، وأن القاعدة الفقهية لا يمكن استنباط حكم منها؛ لأن وظيفتها جمع الفروع المتشابهة برابط واحد يجمعها، بينما القاعدة الأصولية وظيفتها استنباط الأحكام بها، لأنها متعلقة بدليل شرعي[٢].

سادساً: أن القواعد الأصولية يستفيد منها المجتهد خاصة، بحيث يـــستعملها عنـــد استنباط الأحكام من الأدلة.

أما القواعد الفقهية فيستفيد منها الفقيه والمفتي والمتعلم؛ لأنه يستفيد منها الحكم الشرعي لكثير من المسائل، بدلاً من الرجوع إلى أبوابها المختلفة[٣].

* * *

---

(١) انظر: القواعد الفقهية للندوي (٦٩)،

(٢) انظر: القواعد والضوابط الفقهية للحصين (١/٦٦ — ٦٧).

(٣) انظر: مقدمة تحقيق كتاب القواعد للحصني (١/٢٥ — ٢٦)، قواعد الفقه الإسلامي للروكي (١٢٠).

المطلب الخامس: في أقسام القواعد الفقهية:

القواعد الفقهية ليست نوعاً واحداً، ولا كلها في مرتبة واحدة، وإنما هي أنـــواع ومراتب، ويرجع هذا التنوع إلى سببين رئيسين[1]:

الأول: من حيث شمول القاعدة وسعة استيعابها للفروع والمسائل الفقهية.

الثاني: من حيث الاتفاق على مضمون القاعدة أو الاختلاف فيه.

أولاً: أنواع القواعد من حيث شمولها وإتساعها، وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: القواعد المشتملة على مسائل كثيرة، ومن أبواب متعـــددة، وهي نوعان:

النوع الأول: القواعد المشتملة على جميع الأبواب تقريباً، والتي قـــالوا: إن الفقه مبني عليها، وهي القواعد الخمس الكبرى، وهي:

١ — قاعدة: "الأمور بمقاصدها".

٢ — قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".

٣ — قاعدة: "المشقة تجلب التيسير".

٤ — قاعدة: "الضرر يزال".

٥ — قاعدة: "العادة محكمة".

النوع الثاني: القواعد الشاملة لأبواب كثيرة، ولا تختص بباب معين، ولكنها أقل شمولاً من القواعد الخمس الكبرى، وأطلق السيوطي[2] عليهـــا قـــول:

---

(١) انظر: القواعد الفقهية للباحسين (١١٨)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لـــشبير (٧٤)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٢/١).

(٢) أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر الخضيري، جلال الدين السيوطي، الإمام المفـــسر والمحـــدث، الفقيـــه الشافعي اللغوي، كثير الإطلاع، كثير التأليف، له مؤلفات منها: الدر المنثور في التفسير بالمأثور، الجـــامع الصغير في حديث البشير النذير، تدريب الراوي، الأشباه والنظائر الفقهية، الأشباه والنظائر النحوية، توفي سنة (٩١١هـــ).

انظر: الضوء اللامع (٦٥/٤)، شذرات الذهب (٥١/٨)، الأعلام (٣٠١/٣).

"قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية"[1]، وذكر منها أربعين قاعدة.

القسم الثاني: القواعد المشتملة على مسائل متعلقة بأبواب محدودة، أو معينة من أبواب الفقه، وهذه التي تسمى بالضوابط.

ثانياً: أنواعها من حيث الاتفاق والاختلاف، وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: القواعد الفقهية المتفق عليها، وهي نوعان:

النوع الأول: قواعد متفق عليها بين جميع المذاهب الفقهية، وهي القواعد الكبرى الخمس التي سبق ذكرها، والتي قيل إن الفقه مبني عليها.

النوع الثاني: القواعد المتفق عليها بين أكثر المذاهب كالقواعد التسع عشرة التي ذكرها ابن نجيم[2]، والتي اختارها من أربعين قاعدة عند السيوطي، ومن أمثلة هذا النوع قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"، وقاعدة: "التابع تابع".

القسم الثاني: القواعد الفقهية المختلف فيها، وهي نوعان:

النوع الأول: القواعد الفقهية المختلف فيها بين المذاهب الفقهية، وهي القواعد المتبقية من القواعد الأربعين التي ذكرها السيوطي بعد أن أخرج ابن نجيم التسع عشرة قاعدة، فهي قواعد مختلف فيها بين الحنفية والشافعية.

النوع الثاني: القواعد الفقهية المختلف فيها بين علماء مذهب معين، والغالب في هذه القواعد أن ترد بصيغة الاستفهام، ومما يمثلها القواعد العشرون التي ذكرها السيوطي في الكتاب الثالث من كتابه الأشباه والنظائر، كقاعدة: "هل العبرة بالحال، أو بالمآل؟"، وقاعدة: "إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم؟".

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر (١/٢٢٥).

(٢) زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي، من علماء مصر، له مؤلفات منها: الأشباه والنظائر، والبحر الرائق، والرسائل الزينية، والفتاوى الزينية، توفي سنة ٩٧٠هـ.
انظر: الطبقات السنية في تراجم الحنفية (٣/٢٧٥)، الأعلام (٣/٦٤).

المبحث الثاني

في تعريف الاستثناء وأقسامه

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: في تعريف الاستثناء في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: في تعريف الاستثناء من القواعد.

المطلب الثالث: في أنواع المستثنيات من القواعد باعتبار الاتفاق عليها وعدمه.

المطلب الرابع: في أنواع المستثنيات من القواعد باعتبار وجه شبهها بقواعدها.

* * *

المطلب الأول: في تعريف الاستثناء في اللغة والاصطلاح:

الاستثناء في اللغة: مصدر استثنى، يقال: استثنى يستثني استثناء، والألف والسين والتاء فيه زائدة، وحروفه الأصلية هي: الثاء والنون والياء، فمصدره (الثني)، وماضيه (ثنى)، يقال: ثنى يثني ثنياً، وقد بين ابن فارس[1] معنى الثني فقال: "الثاء والنون والياء أصل واحد، وهو تكرير الشيء مرتين، أو جعله شيئين متواليين أو متباينين، وذلك قولك ثنيت الشيء ثنياً"[2].

وهذا المعنى الذي ذكره ابن فارس للثني ذكره عدد من علماء اللغة، كما ذكروا للثني معاني أخرى منها: العطف، والكف، والصرف، والرد[3].

والأقرب في اشتقاق الاستثناء هو الكف والرد، وذلك أن أول كلام المتكلم كأنما كان ممتداً، ومن ثم فهو شامل لجميع الحالات والأفراد، فإذا استثنى في كلامه فقد كفه ورده، فخرج المستثنى فلم يشمله الكلام[4].

والاستثناء في الاصطلاح: اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف الاستثناء، ومن هذه التعريفات:

١ – تعريف الغزالي[5]: "قول ذو صيغ مخصوصة محصورة دال على أن المذكور فيه لم يُرَدْ بالقول الأول"[6].

---

(١) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، من أئمة اللغة والأدب، أصله من قزوين، وأقام في همدان، ثم انتقل إلى الري فتوفي فيها، وإليها نسبته، له مؤلفات منها: مقاييس اللغة، والمجمل، والصاحبي، وجامع التأويل، توفي سنة ٣٩٥هـ.
انظر: وفيات الأعيان (١/١١٨)، سير أعلام النبلاء (١٧/١٠٣).

(٢) مقاييس اللغة (١/٣٩١).

(٣) انظر: الصحاح (٦/٢٢٩٤، ٢٢٩٥)، لسان العرب (١٤/١١٥).

(٤) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد (٦٩)، ص: ٨٦، ٨٧.

(٥) أبو حامد محمد بن محمد الطوسي الغزالي، حجة الإسلام، أصولي وفقيه شافعي، له مؤلفات منها: البسيط، والوجيز، والمستصفى، والمنخول، وإحياء علوم الدين، توفي سنة ٥٠٥هـ.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٦/١٩١)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٤٢).

(٦) المستصفى (٢/١٧٩).

٢ – تعريف الفخر الرازي[1]: عرف الفخر الرازي الاستثناء بتعريفين:

الأول: "إخراج بعض الجملة من الجملة بلفظ "إلا" أو ما أقيم مقامه".

والثاني: "ما لا يدخل في الكلام إلا لإخراج بعضه بلفظه ولا يستقل بنفسه"[2].

٣ – تعريف القرافي[3]: "إخراج بعض الجملة، أو ما يعرض لها من الأحوال، والأزمنة، والبقاع، والمحال، والأسباب بلفظ لا يستقل بنفسه مع لفظ المخرج"[4].

٤ – تعريف صدر الشريعة: "المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام في حكمه بإلا وأخواتها"[5].

وحيث إن هذه التعريفات لا تسلم من الاعتراضات[6] فإن التعريف المختار أن الاستثناء تعريف الفخر الرازي وهو: «إخراج بعض الجملة من الجملة بلفظ "إلا" أو ما أقيم مقامه»[7].

فهذا التعريف جمع بين الإيجاز في العبارة مع تجنب ما أورد على التعريفات الأخرى من اعتراضات وإليك شرح التعريف:

---

(١) أبو محمد عبد الله بن محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن التيمي فخر الدين المعروف بالفخر الرازي، شافعي، إمام، فقيه، مفسر، أصولي، طبيب، له مؤلفات منها: المحصول، التفسير الكبير، شرح الوجيز، توفي سنة (٦٠٦هـ).

انظر: وفيات الأعيان (٤/٢٤٨)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٦٠).

(٢) المحصول (٣/٢٧).

(٣) أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، شهاب الدين الصنهاجي القرافي، فقيه مالكي وعلم من أعلام الأصول، له مؤلفات كثيرة منها: تنقيح الفصول في اختصار المحصول في أصول الفقه، وقد شرحه أيضاً، وله شرح المحصول للفخر الرازي سماه نفائس الأصول، وأنوار البروق في أنواء الفروق، والذخيرة في الفقه، والاستغناء في أحكام الاستثناء، والأحكام في الفرق بين الفتوى والأحكام، توفي سنة ٦٨٤هـ.

انظر: الوافي بالوفيات (٦/٢٣٣)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (١/٢٧٠).

(٤) الاستغناء في الاستثناء (٢٤).

(٥) التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح (٢/٥٠).

(٦) انظر في دراسة هذه التعريفات وما يرد عليها من الاعتراضات: الاستثناء عند الأصوليين للدكتور أكرم أوزيقان (٥٢).

(٧) المحصول (٣/٢٧).

"إخراج" جنس يشمل كل ما من شأنه الإخراج استثناء كان أو غيره، بـــاللفظ أو بغيره من العقليات أو الحسيات[١].

"بإلا" يخرج ما لا يكون بإلا كإخراج الخالق سبحانه من عموم "كل شـــيء" في قوله تعالى: ﴿ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ ﴾[٢].

* * *

(١) انظر: الاستثناء عند الأصوليين للدكتور أكرم أوزيقان (٥٢).

(٢) سورة الزمر: آية: ٦٢.

المطلب الثاني: في تعريف الاستثناء من القواعد:

مصطلح الاستثناء من القواعد لم أجد له تعريفاً فيما اطلعت عليه من كتب المتقدمين ممن ألف في القواعد الفقهية، إلا أن الاستثناء عندهم هو إخراج من حكم القاعدة، فمن ذلك قول السيوطي وهو يتحدث عن المستثنيات من قاعدة: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن": "وخرج عن ذلك صور"(١).

وقول ابن نجيم وهو بصدد تعداد أقسام كتابه: «الثاني: الضوابط وما دخل فيها، وما خرج عنها، وهو أنفع الأقسام للمدرس والمفتي والقاضي؛ فإن بعض المؤلفين يذكر ضابطاً ويستثني منه أشياء»(٢).

وقد فسر الحموي أول هذه العبارة بقوله: "وقوله: (ما خرج عنها) أي استثنى منها، ولو عبر به لكان أولى"(٣).

فتبين من هذا أن من معالم الاستثناء من القواعد أنه عملية إخراج، فالمقصود الأساسي منه إخراج بعض المسائل التي يظهر دخولها في القاعدة عن حكم القاعدة.

وقد ذكر بعض المتأخرين تعريفات للاستثناء من القواعد، ولعل التعريف المناسب منها تعريف الدكتور عبد الرحمن الشعلان بقوله: "إخراج مسألة فقهية يظهر دخولها في القاعدة الفقهية من حكم القاعدة بأي عبارة تدل على ذلك"(٤).

شرح التعريف:

قولنا: (إخراج): هو اللفظ المعبر عن حقيقة الاستثناء، وهو المتفق مع استعمالات علماء القواعد الفقهية في التعبير عن الاستثناء.

(مسألة فقهية): المراد بالمسألة الفقهية الجنس، فقد يكون الاستثناء مقتصراً على مسألة واحدة، وقد يشمل أكثر من ذلك.

---

(١) الأشباه والنظائر (١/١٣٠).

(٢) الأشباه والنظائر (١٦).

(٣) غمز عيون البصائر (١/٣٧).

(٤) الاستثناء من القواعد الفقهية (أسبابه وآثاره) (٤١).

(يظهر دخولها في القاعدة): تشمل المسائل الداخلة في القاعدة حقيقة، والداخلة فيها من حيث الشبه الصوري، فكل منهما يظهر فيه أنه يدخل في القاعدة.

(من حكم القاعدة): فالاستثناء هو الإخراج من حكم القاعدة، ويتبع ذلك أن تعطى المسائل المستثناة حكماً آخر يخالف حكم القاعدة.

(بأي عبارة تدل على ذلك): أي أن الاستثناء يحصل بأي عبارة تدل على إخراج بعض المسائل، وليس مشروطاً بعبارة معينة كالاستثناء عند الأصوليين؛ فإن الاستثناء عند الأصوليين لابد من استعمال أدوات معينة، وهي (إلا) وأخواتها.

وأما الاستثناء في مجال القواعد الفقهية فإن علماء القواعد قد يعبرون عن الاستثناء بلفظ (إلا) وقد يعبرون بغير إلا كقولهم: "وخرج عن القاعدة كذا"، وقولهم: "ويستثنى من القاعدة كذا"[١].

* * *

(١) انظر: الاستثناء من القواعد الفقهية (أسبابه وآثاره) للدكتور الشعلان (٤١).

المطلب الثالث: في أنواع المستثنيات من القواعد باعتبار الاتفاق عليها أو عدمه:

إن ثبوت الاستثناء في مسألة أو مسائل معينة قد يكون محل اتفاق بين العلماء، وقد يكون محل خلاف، وعندما يكون الاستثناء محل خلاف تكون هذه المسائل مستثناة لمذهب معين أو عالم معين، لذلك يمكن تقسيم المستثنيات باعتبار الاتفاق عليها وعدمه إلى نوعين:

النوع الأول: مسائل متفق على اعتبارها مستثناة من قواعدها:

والغالب فيما كان من المستثنيات محل اتفاق أن يكون الاستثناء فيه مستنداً إلى نص أو إجماع أو إليهما معاً.

النوع الثاني: مسائل مختلف في اعتبارها مستثناة من القاعدة:

بمعنى أن مسألة معنية قد تكون مستثناة من قاعدة معينة، وحكمها يختلف عن حكم القاعدة، وذلك في مذهب فقهي ما، ولكن هذه المسألة نفسها ليست مستثناة من القاعدة، بل داخلة فيها، وحكمها هو حكم القاعدة نفسه وذلك في مذهب فقهي آخر.

والخلاف في الاستثناء من القواعد له أسباب متعددة، منها ما يأتي:

السبب الأول: وجود خلاف في اندراج المسألة في القاعدة، بحيث يرى بعض العلماء أن المسألة مندرجة في القاعدة، ويرى آخرون أنها تشبه مسائل القاعدة، ولكنها ليست مندرجة في القاعدة، بل مندرجة في قاعدة أخرى، فيعطيها حكم القاعدة الأخرى.

السبب الثاني: وجود خلاف في تحديد المجال التطبيقي للقاعدة:

حيث إن تحديد المجال التطبيقي للقاعدة يحتاج إلى اجتهاد، فقد يتوصل أحد العلماء إلى تحديد فيه سعة، ويتوصل الآخر إلى تحديد فيه ضيق، فتدخل المسألة في القاعدة عند الأول، ولكنها تخرج عنها وتكون مستثناة منها عند الآخر.

السبب الثالث: وجود خلاف في تحقيق مناط الحكم في القاعدة في المسألة التي هي محل البحث، فقد يرى عالم أن مناط الحكم في القاعدة متحقق في المسألة فيلحقها بها،

ويرى آخر أنه غير متحقق في المسألة فيحكم باستثنائها منها وخروجها عنها.

السبب الرابع: وجود خلاف في مانع يمنع من إلحاق المسألة بالقاعدة، بحيث يرى بعض العلماء أنه مانع من إلحاق المسألة بالقاعدة، فيترتب على ذلك أن يعد هذه المسألة من مستثنيات القاعدة، ويرى آخر أن هذا الأمر لا يعد مانعاً من إلحاق المسألة بالقاعدة، فيترتب على ذلك أن يعد المسألة من المسائل المندرجة في القاعدة[1].

* * *

(١) انظر: بحث المستثنيات من القواعد الفقهية – أنواعها والقياس عليها – للدكتور الشعلان، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية، ج (١٧)، ع (٣٤)، ص: ٣٢ – ٤٠، بتصرف يسير.

المطلب الرابع: في أنواع المستثنيات باعتبار وجه شبهها بقواعدها.

المستثنيات تذكر مع القواعد بكثرة، لكن بعض المستثنيات يوردها بعض العلماء ويسكتون عنها، وهناك مستثنيات أخرى يقف عندها بعض العلماء موقف المتحقق من صحة الاستثناء أو عدمه، فربما سلموا بصحة الاستثناء، وربما حكموا بعدم صحة الاستثناء، وذلك لأن المستثنى من القاعدة قد يعد من المستثنيات بالنظر إلى شبهه بالقاعدة في الصورة فقط، وقد يعد من المستثنيات من القاعدة بالنظر إلى وجود المماثلة الحقيقية، وعلى هذا فإن المستثنيات باعتبار وجه شبهها بقواعدها تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: المستثنيات من القاعدة بالنظر إلى شبهها بالقاعدة في الصورة.

المتأمل لكتب القواعد الفقهية وما فيها من مستثنيات يرى أن هناك مسائل غير قليلة يعتبرها العلماء أنها مستثنيات من القاعدة، وعند التدقيق فيها يرى أنها لم تدخل في القاعدة دخولاً حقيقياً، ولكنها داخلة فيها بالنظر إلى شبهها بالقاعدة في الصورة فقط.

وستظهر للقارئ أمثلة كثيرة من هذا النوع في هذه الرسالة في المباحث القادمة، وسبب الاستثناء في هذا النوع هو فقدان شرط من شروط القاعدة أو قيد من قيودها في المسألة المستثناة.

النوع الثاني: المستثنيات من القاعدة بالنظر إلى وجود المماثلة الحقيقية.

إن ثبوت دخول مسألة ما في القاعدة يلزم له وجود مماثلة حقيقية بين القاعدة وهذه المسألة المستثناة، ووجود المماثلة الحقيقية معناه: أن يكون مناط الحكم في القاعدة متحققاً في المسألة التي حُكِمَ باستثنائها، والمقصود بمناط الحكم متعلق الحكم من علة ونحوها.

وإذا ثبت أن مسألة ما داخلة في القاعدة دخولاً حقيقياً، ومع ذلك ثبت خروجها عن القاعدة، بإعطائها حكماً يخالف حكم القاعدة: فإن إطلاق لفظ (الاستثناء) عليها في هذه الحالة هو محل تسليم العلماء، لكن لابد أن يكون له سبب دعا إلى إخراج هذه المسألة عن القاعدة[١].

---

(١) انظر: بحث المستثنيات من القواعد الفقهية — أنواعها والقياس عليها — للدكتور الشعلان، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية، ج (١٧)، ع (٣٤)، ص (٤١ — ٥٠).

وسبب الاستثناء في هذا النوع هو وجود مانع يمنع من إعطاء المسألة المستثناة الحكم الثابت في القاعدة، وهذا المانع قد يكون النص، أو الإجماع، أو الضرورة، أو الحاجة، أو القياس، أو القاعدة الفقهية، أو المصلحة المرسلة، أو غيرها[1].

* * *

(١) انظر في تفصيل هذه الأسباب إلى الاستثناء من القواعد الفقهية (أسبابه وآثاره) للدكتور الشعلان (٤٨، ٧٤).

الباب الأول

المستثنيات من القواعد الخمس الكبرى

القواعد الكبرى هي القواعد التي ترجع إليها مسائل كثيرة من جميع أبواب الفقه، والتي ذكر علماء القواعد أن الفقه مبني عليها، وهي القواعد الخمس التي ذكرها السيوطي: "الأمور بمقاصدها"، "اليقين لا يزول بالشك"، "المشقة تجلب التيسير"، "الضرر يزال"، "العادة محكمة".

وفيما يلي بيان المستثنيات من هذه القواعد الكبرى، ويشتمل هذا الباب على خمسة فصول، وهي:

- **الفصل الأول: في المستثنيات من قاعدة: "الأمور بمقاصدها".**
- **الفصل الثاني: في المستثنيات من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".**
- **الفصل الثالث: في المستثنيات من قاعدة: "المشقة تجلب التيسير".**
- **الفصل الرابع: في المستثنيات من قاعدة: "الضرر يزال".**
- **الفصل الخامس: في المستثنيات من قاعدة: "العادة محكمة".**

* * *

الفصل الأول

المستثنيات من قاعدة: "الأمور بمقاصدها"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الأمور بمقاصدها".

قاعدة: الأمور بمقاصدها[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها:

هذه القاعدة من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، إذ يدخل تحتها ما لا يحصى من الفروع والتطبيقات الفقهية، قال الإمام الشافعي في حديث: (إنما الأعمال بالنيات)[٢]: «هذا الحديث ثلث العلم، ويدخل في سبعين باباً من الفقه»[٣]، وقال الإمام أحمد بن حنبل: «أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث: حديث عمر رضي الله عنه: (إنما الأعمال بالنيات)، وحديث عائشة رضي الله عنها: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد)[٤]، وحديث النعمان بن بشير[٥] رضي الله عنه: (الحلال بيِّن والحرام بيِّن)[٦]»[٧].

---

(١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٣٧/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٥٤/١)، القواعد للحصني (٢٠٨/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٩)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٢)، شرح المجلة لسليم رستم (١٧/١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية (١٧/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٢٢)، القواعد الفقهية لعزام (٨١)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان (١١)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لمحمد شبير (٩١)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٦٣/١).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي، باب كيف بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ رقم (١)، ومسلم في كتاب الإمارة، باب قوله ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات)، رقم (١٩٠٧).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (٤٣).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور، فالصلح مردود، رقم (٢٦٩٧)، ومسلم في كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، رقم (١٧١٨).

(٥) أبو عبد الله النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الخزرجي الأنصاري صاحب رسول الله ﷺ وابن صاحبه أمير خطيب شاعر ولي القضاء بدمشق، وولي اليمن لمعاوية ثم استعمله على الكوفه وعزله وولاه حمص، توفي سنة ٦٥هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٤١١/٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (٢٤٠/٦).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، رقم (٥٢)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، رقم (١٥٩٩).

(٧) جامع العلوم والحكم لابن رجب (٦١/١).

وقال إسحاق بن راهويه[١]: «أصول الإسلام على أربعة أحاديث» حيث زاد على الثلاثة السابقة، حديث: (إن خلق أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً)[٢][٣].

فهذه الأقوال على اختلاف بينها في عدد الأحاديث تتفق على حديث (إنما الأعمال بالنيات) وأنه واحد من الأحاديث التي يدور عليها الفقه، وأن النيات والمقاصد مهمة في تصرفات العباد[٤].

وسوف يشتمل التمهيد على الأمور التالية:

١ – معنى القاعدة.

٢ – أدلتها.

٣ – تطبيقاتها.

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

تشتمل هذه القاعدة على لفظين هما: "الأمور، والمقاصد".

وفيما يلي بيان لكل واحد منهما في اللغة والاصطلاح:

---

(١) أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي المروزي، وقيل في سبب تلقيبه «ابن راهويه» أن أباه ولد في طريق مكة فقال أهل مرو: راهويه أي ولد في الطريق أحد أئمة المسلمين، اجتمع له الحديث والفقه والحفظ، والورع والزهد، روى عن ابن عُلية وابن عيينة، وابن مهدي وعبد الرزاق وغيرهم، له مؤلفات منها: المسند والتفسير، توفي سنة ٢٣٨هـ.

انظر: الوافي بالوفيات (١٦١/٢)، شذرات الذهب (٨٩/٢).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب التوحيد، باب قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ سَبَقَتْ كَلِمَتُنَا لِعِبَادِنَا الْمُرْسَلِينَ﴾ رقم (٧٤٥٤)، واللفظ له، ومسلم في كتاب القدر، باب كيفية خلق الآدمي في بطن أمه، رقم (٢٦٤٣) بلفظ: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه".

(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب (٦٢/١).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لمحمد شبير (٩٢).

الأمور: جمع أمر، ويطلق في اللغة على معانٍ خمسة، قال ابن فارس: «الهمزة والميم والراء أصول خمسة: الأمر من الأمور، والأمر ضد النهي، والأمر النماء والبركة، والمَعْلَم، والعَجَب»[١].

والمراد من الأمور هنا، معناها الواسع الذي لا يقتصر على الأفعال التي تتبادر إلى الفهم، بل يشمل الأقوال كما يشمل الاعتقادات، والاستعمالات اللغوية تؤيد ذلك[٢].

المقاصد: جمع مَقْصِد، ويطلق في اللغة على ثلاثة أصول، قال ابن فارس: «القاف والصاد والدال أصول ثلاثة يدل أحدها على إتيان شيء وأمِّه، والآخر على اكتناز في الشيء، والثالث الناقة القصيد: المُكْتَنِزَة، الممتلئة لحماً»[٣].

والمعنى المناسب للمعنى الاصطلاحي هو المعنى الأول، فالقصد إتيان الشيء وأمِّه والتوجه إليه[٤].

والقصد في اصطلاح الفقهاء: «العزم المتجه نحو إنشاء فعل»[٥].

المعنى الإجمالي:

"أن أعمال المكلف وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات"[٦].

أو "أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون موافقاً ومطابقاً لما هو مقصود من ذلك الأمر"[٧].

فأحكام التصرفات الفعلية والقولية تختلف باختلاف قصد المكلف ونيته.

---

(١) مقاييس اللغة (١/١٣٧).

(٢) انظر: قاعدة الأمور بمقاصدها للباحسين (٢٥).

(٣) مقاييس اللغة (٥/٩٥).

(٤) انظر: قاعدة الأمور بمقاصدها للباحسين (٢٥).

(٥) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٣/٩٦).

(٦) المدخل الفقهي العام للزرقاء (٢/٩٨٠).

(٧) الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية للبورنو (١٢٤).

٢ – أدلة القاعدة:

قاعدة "الأمور بمقاصدها" دلَّ على معناها أدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع، ومن هذه الأدلة:

فمن الكتاب:

١ – قوله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصاً لَّهُ الدِّينَ﴾[٢].

وجه الدلالة: أن الآيتين تدلان على وجوب النية في العبادات.

٢ – قوله تعالى: ﴿مِنكُم مَّن يُرِيدُ الدُّنْيَا وَمِنكُم مَّن يُرِيدُ الآخِرَةَ﴾[٣].

ووجه الدلالة: الآية دالة على الإرادة والقصد، والنية من أنواع الإرادة[٤].

ومن السنة:

١ – حديث عمر بن الخطاب ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى...)[٥].

وهذا الحديث هو العمدة في تأصيل القاعدة، لدلالته على اعتبار النية في الأعمال جميعها، وقوله ﷺ: (إنما الأعمال) يفيد الحصر اتفاقاً بين المحققين[٦].

٢ – حديث سعد بن أبي وقاص ﷺ، أن النبي ﷺ قال: (إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها حتى ما تجعل في في امرأتك)[٧].

---

(١) سورة البينة، الآية (٥).

(٢) سورة الزمر، الآية (٢).

(٣) سورة آل عمران، الآية (١٥٢).

(٤) انظر: قاعدة الأمور بمقاصدها للباحسين (٧٨).

(٥) تقدم تخريجه ص (٦٠).

(٦) انظر: قاعدة الأمور بمقاصدها للباحسين (٨٠).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الجنائز، باب رثى النبي ﷺ سعد بن خولة رقم (١٢٩٥) واللفظ له، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث رقم (١٦٢٨) بلفظ (ولست تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أُجِرت بها حتى اللقمة تجعلها في في امرأتك).

وحديث عبد الله بن مسعود[1] ﷺ، أن النبي ﷺ قال: (رب قتيل بين الصفين الله أعلم بنيته)[2].

وحديث أبي هريرة ﷺ، أن النبي ﷺ قال: (إنما يُبعث الناس على نياتهم)[3].

فهذه الأحاديث وكثير غيرها تدل دلالة واضحة على أن ميزان أعمال المكلفين الذي يحكم به عليها إنما هو النية والقصد من وراء ذلك العمل[4].

من الإجماع:

أجمع العلماء في مختلف العصور، على المعنى الذي تضمنته هذه الآيات والأحاديث، سواء كانوا في عصر الصحابة أو التابعين، أو العصور التي تلت ذلك[5].

٣ – تطبيقات القاعدة:

للقاعدة فروع كثيرة منها:

١ – أن المُودَع إذا استعمل الوديعة ثم تركها بنية العودة إلى استعمالها لا يبرأ عن ضمانها؛ لأن تعديه باق، وإن تركها بنية عدم العودة إلى استعمالها يبرأ ولكن

---

(١) أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، الإمام الحبر، فقيه الأمة، كان من السابقين الأولين، شهد بدراً، وهاجر الهجرتين، لازم النبي ﷺ وكان صاحب نعليه، وشهد فتوح الشام وسيره عمر إلى الكوفة ليعلمهم أمور دينهم توفي سنة ٣٢هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٤٦١/١)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٢٩/٤).

(٢) أخرجه الإمام أحمد برقم (٣٧٧٢).
قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٣٠٢/٥): «رواه أحمد، وفيه ابن لهيعة وحديثه حسن وفيه ضعف، والظاهر أنه مرسل ورجاله ثقات».
وقال ابن حجر في الفتح: (١٩٤/١٠) «رجال سنده موثقون»، وضعّفه الألباني في صحيح وضعيف الجامع الصغير برقم (١٤٠٤).

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب الزهد، باب النية برقم (٤٢٢٩)، وأبو يعلى في مسنده برقم (٦٢٤٧).
قال الهيثمي في مجمع الزوائد: (٢٣٢/١٠) «رواه أبو يعلى وفيه جابر الجعفي وهو ضعيف»، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه برقم (٤٣٠٥).

(٤) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٢٣).

(٥) انظر: قاعدة الأمور بمقاصدها للباحسين (٨٣).

لا يصدق في ذلك إلا ببينة، لأنه أقر بموجب الضمان ثم ادَّعى البراءة[١].

٢ - ذهب الإمام مالك ﷺ إلى أنه لا يجوز للزوجة أن تتبرع بزيادة على ثلث مالها إلا بإذن زوجها، لأن التبرع في هذه الحالة يدل على قصد الإضرار بالورثة فلا يجوز، لكن إذا علم قصد الإضرار بالورثة منعت ولو كان أقل من الثلث[٢].

٣ - ذهب الشافعية إلى أن الحلي إذا اتخذ بقصد استعماله في مباح لم تجب فيه الزكاة، وإن استعمل بقصد كنزه وجبت فيه، وإن لم يقصد أحد الأمرين فلا زكاة فيه على الأصح[٣].

٤ - ذهب الحنابلة في الرواية المشهورة إلى أن لمس الرجل للمرأة بغير حائل لا ينقض الوضوء إلا إذا كان بقصد الشهوة واللذة[٤].

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٥٠).

(٢) انظر: الشرح الصغير (٣/٤٠٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢/١٢٢).

(٤) انظر: كشاف القناع (١/٣٠٠).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة "الأمور بمقاصدها"

لاشك أن بناء الأحكام على النيات والمقاصد أمر معتبر، وهذا ما يقتضيه حديث النبي ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات)[1]، وقاعدة: "الأمور بمقاصدها"، إلاَّ أن هناك تصرفات يترتب الحكم فيها على الأعمال ولا ينظر فيها إلى النية؛ كأن يكون الفعل متعلقاً بحق آدمي أو أن يكون اللفظ صريحاً أو غير ذلك من التصرفات.

لذا كان لهذه القاعدة مستثنيات يترتب الحكم فيها على التصرف دون النظر إلى النية وهذا ما سأبينه في هذا المبحث في المسائل الثلاث التالية:

المسألة الأولى: أخذ مال الغير على سبيل المزاح بدون إذنه.

المسألة الثانية: إذا قال الرجل لزوجته هازلاً[2]: أنت طالق.

المسألة الثالثة: إذا قتل الوارث مورثه عمداً مستعجلاً الإرث.

* * *

---

(١) تقدم تخريجه ص (٦٠).

(٢) الهزل: «هو أن لا يراد باللفظ معناه، لا الحقيقي ولا المجازي، وهو ضد الجد»، (التعريفات للجرجاني: ٣٢٠).

المسألة الأولى: أخذ مال الغير على سبيل المزاح[١].

هذه المسألة ذكرها علي حيدر[٢] في درر الحكام قال: «وهاهنا بعض أحكام شرعية لا تتبدل أحكامها نظراً للقصد والنية كما لو أخذ شخص مال آخر على سبيل المزاح بدون إذنه، فبمجرد وقوع الأخذ يكون غاصباً ولا ينظر إلى نيته من كونه لا يقصد الغصب بل يقصد المزاح...»[٣].

ويشتمل بحث هذه المسألة على حكمها، ووجه دخولها تحت القاعدة، وسبب الاستثناء من القاعدة.

المقصد الأول: حكم المسألة:

إن مجرد وقوع الأخذ يكون به الآخذ غاصباً، ولا ينظر إلى نيته من كونه لا يقصد الغصب، بل يقصد المزاح.

قال المرغيناني[٤]: «فإن كان الغصب مع العلم فحكمه المأثم والمغرم، وإن كان بدونه فالضمان، لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده»[٥]، ومن غصب شيئاً لزمه رده، ما كان باقياً، فإن تلف في يده لزمه الضمان، باتفاق الأئمة الأربعة[٦].

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/١٨) ، القواعد الفقهية لعزام (٨٥).

(٢) علي حيدر أفندي، الرئيس الأول لمحكمة التمييز، وأمين الفتيا ووزير العدل في الدولة العثمانية، شارح مجلة الأحكام العدلية في كتابه درر الحكام باللغة التركية، توفي سنة ١٣٢١هـ.

انظر: مقدمة درر الحكام لفهمي الحسيني (١/٥)، دراسة موجزة عن مجلة الأحكام العدلية لشامل الشاهين (٥٢).

(٣) (١/١٨).

(٤) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، برهان الدين المرغيناني، نسبة إلى مرغينان من نواحي فرغانة — في خرسان — فقيه حنفي له مؤلفات منها: بداية المبتدي، والهداية، والفرائض، ومناسك الحج، توفي سنة ٥٩٣هـ.

انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٦٢٧)، تاج التراجم (٢٠٦).

(٥) الهداية (٤/٢٩٦).

(٦) انظر: البناية على الهداية (١٠/٢١٣)، حاشية الدسوقي (٣/٤٠٠)، الحاوي الكبير (٨/٢١٧)، المغني (٧/٤٠٠).

ذكر ابن قدامة[(١)]: فإن المغصوب متى كان باقياً، وجب رده؛ لقول رسول الله ﷺ: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)[(٢)]، وروى عبد الله بن السائب بن يزيد[(٣)]، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: (لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها)[(٤)]، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه، وهو جاد في إدخال الغم والغيظ عليه، ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق، فلزمه إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان باقياً بحاله لم يتغير[(٥)].

وإذا تلف المال فإن على الآخذ ضمانه[(٦)]، لأن الضمان من خطاب الوضع الذي لا

---

(١) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، فقيه محدث، من كبار فقهاء الحنابلة، له مؤلفات منها: المغني في شرح مختصر الخرقي، والكافي، والمقنع في الفقه، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، توفي سنة ٦٢٠هـ.

انظر: ذيل طبقات الحنابلة (٢٣٣/١)، شذرات الذهب (٨٨/٥).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع والإجارات، باب تضمين العارية (٣٥٦١)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٦)، والإمام أحمد برقم (٢٠٠٨٦)، والطبراني في المعجم الكبير برقم (٦٨٦٢).

قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح، وقد ذهب بعض أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم إلى هذا»، وضعفه الشيخ الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود (٣٥٦١).

(٣) أبو محمد عبد الله بن السائب بن يزيد الكندي المدني من أبناء الصحابة ومن رواة الكتب الستة، روى عن زاذان الكندي، وأبيه السائب، وعبد الله بن قتادة، وعبد الله بن معقل، توفي سنة ١٢٦هـ.

انظر: تهذيب الكمال (٥٥٥/١٤)، تهذيب التهذيب (٢٠١/٥).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الآداب، باب من يأخذ الشيء على المزاح برقم (٥٠٠٣)، والترمذي في كتاب الفتن، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع المسلم (٢١٦٠)، والإمام أحمد برقم (١٧٩٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الغصب، باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بني عليه جداراً (١٠٠/٦)، والطبراني في المعجم الكبير بلفظ (لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا لاعباً ولا جاداً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها) برقم (٦٣٠).

قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي السائب».

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٢/٤): «وفيه عبد الله بن يزيد بن السائب و لم أجد له ترجمة وبقية رجاله، رجال الصحيح»، وحسنه الألباني في الإرواء (١٥١٨).

(٥) انظر: المغني (٤٠٦/٧).

(٦) انظر: البناية على الهداية (٢١٣/١٠)، حاشية الدسوقي (٣٩٧/٣)، روضة الطالبين (٩٤/٤)، المغني (٤٠٠/٧).

يشترط فيه التكليف، وإنما هو من قبيل ارتباط المسبب بالسبب، فمتى وجد السبب ثبت الحكم دون اعتبار لحال الفاعل، لأن مشروعية الضمان لجبر الضرر لا الزجر عن الفعل[١].

والأهلية التي تشترط للحكم بالضمان هي أهلية الوجوب، ولذا يجب الضمان في ذمة غير المميز والمجنون ومن في حكمهما ممن فقدوا أهلية الأداء، على اعتبار أنهم ملزمون بما يتعلق بحقوق العباد من الغرامات، والتعويضات، لأن المقصود هو المال[٢].

وحق العبد لا يتوقف على القصد، وضمان العدوان ناشئ عن تفويت حق العبد وحق العبد مرعي[٣].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إن قاعدة "الأمور بمقاصدها" تجري في كثير من الأبواب الفقهية مثل: المعاوضات، والتمليكات المالية، والإبراء، وتجري في الوكالات، وإحراز المباحات والضمانات والأمانات والعقوبات[٤]، وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة[٥].

وفي حديث (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)[٦]، بَيَّن النبي ﷺ في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان

---

(١) انظر: ضمان عثرات الطريق لأحمد الغزالي (١٨٦).

(٢) انظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي لمحمد سراج (١٠٢).

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/٤٥٨).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٧).

(٥) انظر: إعلام الموقعين (٣/٩٥، ٩٦).

(٦) تقدم تخريجه ص (٦٠).

والنذور وسائر الأفعال[١].

وأفعال العقلاء الاختيارية لا تصدر إلا عن قصد وإرادة[٢]، وهذه المسألة داخلة في هذه القاعدة من جهة كون أخذ مال الغير بدون إذنه فعل صادر من مكلف، وكل تصرف من تصرفات المكلف يحكمه ويوجهه دافع منبعث من القلب، سواء في ذلك تصرفاته الدنيوية أو الأخروية[٣].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

إن بناء هذه المسألة على قاعدة "الأمور بمقاصدها"، يقتضي أن أخذ المال على سبيل المزاح لا يعد غصباً لعدم القصد، لكن اعتبر هذا الفعل في حكم الغصب و لم ينظر فيه إلى النية والقصد للأسباب التالية:

الأول: حديث سمرة بن جندب[٤] ﷺ، عن النبي ﷺ قال: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)[٥].

والحديث عام في كل أخذ سواء كان بقصد الغصب أو بغيره، وإذا جعلت اليد آخذة، صار الأداء لازماً لها، والأداء قد يتضمن العين إذا كانت موجودة أو القيمة إذا صارت مستهلكة[٦].

ولذا أخذ العلماء من هذا الحديث قاعدة: "على اليد ما أخذت حتى ترده"[٧].

---

(١) انظر: إعلام الموقعين (١١١/٣).

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (٩٩).

(٣) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٢٥).

(٤) أبو سليمان سمرة بن جندب بن هلال بن جريج بن مره بن حزن الفزاري من علماء الصحابة، توفي سنة ٥٨هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (١٨٣/٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٣٠/٣).

(٥) تقدم تخريجه ص (٦٨).

(٦) انظر: معالم السنن (١٧٥/٣).

(٧) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤٥٢/٦)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١٢١/١).

الثاني: حديث عبد الله بن السائب رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ومن أخذ عصا أخيه فليردها)(١).

فإذا أخذ مال الآخر بدون قصد السرقة هازلاً معه أو مختبراً مبلغ غضبه فيكون قد ارتكب الفعل المحرم شرعاً، لأن اللعب في السرقة جد(٢).

ولذلك جاءت القاعدة الفقهية المقررة بأنه: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي"(٣).

الثالث: قاعدة: "الأموال تضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد"(٤).

فإذا ترتب على الأخذ إتلاف، فإن الإتلاف المباشر يستوجب الضمان على الإطلاق لا يفترق فيه الخطأ عن العمد، لأن الإتلاف جعل موجباً للضمان، ولا يشترط التكليف في خطاب الوضع(٥).

قال القرافي: «فإن الإجماع منعقد على تعدد الضمان فيما يتعدد فيه الإتلاف، وإن العمد والخطأ في ذلك سواء»(٦).

وهذا يتفق مع عناية التشريع الإسلامي بالمحافظة على حقوق العباد، وصيانتها من العبث والإهمال، والتفريط، وتأكيد الالتزام بأدائها ووفائها(٧).

* * *

---

(١) تقدم تخريجه ص (٦٨).

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨٦).

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٢٧٩).

(٥) انظر: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي (١١٦).

(٦) الفروق (٢/٣٤٠).

(٧) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٢٧٩).

المسألة الثانية: إذا قال الرجل لزوجته هازلاً: أنت طالق[١].

هذه المسألة اعتبرها بعض العلماء خارجة عن حكم قاعدة "الأمور بمقاصدها" بناء على أن هذا اللفظ صريح في الطلاق، والصريح لا يحتاج إلى نية، بينما يرى آخـــرون أن الصريح يحتاج إلى نية، وسأوضح ذلك في المقاصد التالية:

المقصد الأول: حكم المسألة:

اختلف العلماء في حكم طلاق الهازل على قولين:

القول الأول: القول بوقوع طلاق الهازل.

وهذا قول: الحنفية[٢]، والمشهور عن مالك[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

وقد غلب هذا الرأي في الفقه الإسلامي حتى أن من المصنفين من ينفي فيه الخلاف، قال ابن المنذر[٦]: «أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم أن جد الطلاق وهزله سواء»[٧]، وقال ابن قدامة: «إن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد، ولا خلاف في ذلك، سواء قصد المزاح أو الجد»[٨].

---

(١) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٠٠)، القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني للإدريسي (١٨٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٥/١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٠٠/٣)، البناية على الهداية (٢٥/٥).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٢٥/٢)، حاشية الخرشي (٤٥٧/٤).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٨/١٣)، نهاية المحتاج (٤٤٣/٦).

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢١٦/٢٢، ٢١٧)، الإنصاف (٢١٦/٢٢، ٢١٧).

(٦) أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، فقيه مجتهد من الحفاظ، كان شيخ الحرم بمكة، له مؤلفات منها: المبسوط في الفقه، والأوسط في السنن والإجماع، والإشراف على مذاهب العلمـــاء، تـــوفي ســـنة ٣١٩هـــ.

انظر: وفيات الأعيان (٢٠٧/٤)، سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٤).

(٧) الإجماع /٤٤.

(٨) المغني (٣٧٢/١٠).

وقال الخطابي[١]: «اتفق عامة أهل العلم على أن صريح لفظ الطلاق إذا جرى على لسان البالغ العاقل فإنه مؤاخذ به، ولا ينفعه أن يقول: كنت لاعباً أو هازلاً، أو لم أنو به طلاقاً أو ما أشبه ذلك من الأمور»[٢].

القول الثاني: القول بعدم وقوع طلاق الهازل.

وهذا القول رواية غير مشهورة عن مالك[٣]، ورواية عن أحمد[٤]، والظاهرية[٥]، بناء على اشتراطهم القصد والنية في الطلاق[٦].

أدلة القول الأول:

من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗا﴾[٧].

وجه الاستدلال: الآية تدل على وقوع طلاق الهازل، لما رُوي عن أبي الدرداء[٨] ﷺ أنه قال: (كان الرجل يطلق في الجاهلية ويقول: إنما طلقت وأنا لاعب، وكان يعتق وينكح ويقول: كنت لاعباً، فنزلت هذه الآية، فقال النبي ﷺ: من طلق أو حرر أو

---

(١) أبو سليمان أحمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب الخطابي البُستي، من نسل زيد بن الخطاب ﷺ، فقيه محدث، ولد بمدينة بُست من بلاد كابل، وسمع الحديث بمكة والبصرة، وبغداد، له مؤلفات منها: غريب الحديث، وأعلام السنن، ومعالم السنن، والغنية عن الكلام وأهله، توفي سنة ٣٨٨هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٢/٢١٤)، سير أعلام النبلاء (١٧/٢٦).

(٢) معالم السنن (٣/٢٤٣).

(٣) انظر: حاشية الخرشي (٤/٤٥٧).

(٤) انظر: الإنصاف (٢٢/٢١٦، ٢١٧).

(٥) انظر: المحلى (١٠/٢٠٠).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي (٢/٣٢٥)، الإنصاف (٢٢/٢١٦)، المحلى (١/٢٠٠).

(٧) سورة البقرة، الآية (٢٣١).

(٨) عويمر واختلف في اسم أبيه فقيل عامر أو مالك أو ثعلبة أو عبد الله بن قيس بن أمية بن عامر بن عدي بن كعب بن الخزرج الأنصاري وقيل اسمه عامر، اسلم يوم بدر وشهد أحداً وهو أحد الذين جمعوا القرآن حفظاً على عهد النبي ﷺ، ولاه معاوية قضاء دمشق بأمر عمر ﷺ، مات سنة ٣٢هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٣٣٥)، الإصابة في تمييز الصحابة (٥/٤٦).

نكح أو أنكح فزعم أنه لاعب فهو جاد)[1].

والهازل يقع طلاقه عقاباً وتغليظاً عليه، لأنه يستخف بآيات الله وأحكامه.

من السنة:

حديث أبي هريرة ﷺ، أن رسول الله ﷺ قال: (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة)[2].

من المعقول:

"أن الهازل قاصد للفظ غير مريد لحكمه، وذلك ليس إليه، فإنما إلى المكلَّف الأسباب، وأما ترتب مسبباتها وأحكامها فهو إلى الشارع قصده المكلف أو لم يقصده، والعبرة بقصده السبب اختياراً في حال عقله وتكليفه، فإذا قصده، رتَّب الشارع عليه حكمه جد به أو هَزَلَ"[3].

أدلة القول الثاني:

من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ الطَّلَاقَ﴾[4].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الطلاق، باب من قال: (ليس في الطلاق والعتاق لعب)، وقال: «هو له لازم» (١٨٦٠١)، وقال الألباني في إرواء الغليل (٦/٢٢٧): «وهذا مرسل صحيح الإسناد إلى الحسن».

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل برقم (٢١٩٤)، والترمذي في كتاب الطلاق واللعان، باب في الجد والهزل في الطلاق برقم (١١٨٤)، وابن ماجه في كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع برقم (٢٠٣٩)، والحاكم في كتاب الطلاق، باب (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة) (٢٨٥٤)، والدارقطني في كتاب النكاح، باب المهر (٣٦٣٥)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الخلع والطلاق، باب صريح ألفاظ الطلاق (٣٤١/٧).

قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم».

وقال الحاكم في المستدرك: «صحيح الإسناد، وعبد الرحمن بن حبيب من ثقات المدنيين».

وحسنه الألباني في إرواء الغليل (٢٠٦١).

(٣) زاد المعاد (٥/٢٠٤).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٢٧).

وجه الاستدلال: دلت الآية على اعتبار العزم، والهازل لا عزم له[١].

اعترض على وجه الاستدلال بالآية:

قال الشوكاني[٢]: «والاستدلال بالآية على تلك الدعوى غير صحيح من أصله، فلا يحتاج إلى الجمع فإنها نزلت في حق الْمُولِي»[٣].

من السنة:

حديث عمر بن الخطاب ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (إنما الأعمـــال بالنيات)[٤].

وجه الاستدلال: أن الحديث دل على أن كل عمل بنية، فكل عمل بلا نية باطل لا يعتد به، والهازل لا قصد له ولا نية لذا فإن طلاقه غير واقع[٥].

ويمكن أن يعترض على الاستدلال بالحديث: أن هذا الحديث عام وحديث (ثلاث جدهن جد...) خاص، والخاص مقدم على العام.

من المعقول:

أن الهازل لم يقصد إيقاع الطلاق، والقصد شرط لصحة وقوعه[٦].

واعترض على هذا الاستدلال: أن الرجل ما دام قد نطق بلفظ الطلاق الـــصريح وهو مكلف، وقع طلاقه سواء أكان عن طريق الجد أم الهزل[٧].

---

(١) انظر: فتح القدير للشوكاني (٣٠٤/١).

(٢) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن وقضاتها، له مؤلفات منها: نيل الأوطار، وفتح القدير، وإرشاد الفحول، وتحفة الذاكرين، توفي سنة ١٢٥٠هـ.
انظر: الأعلام (٢٩٨/٦)، معجم المؤلفين (٢٢٢/٧).

(٣) نيل الأوطار (١٨٥/٨)، وانظر: فتح القدير (٣٠٤/١).

(٤) تقدم تخريجه ص (٦٠).

(٥) انظر: المحلى (٢٠٤/١٠).

(٦) انظر: المرجع السابق.

(٧) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢١٦/٢٢).

الترجيح:

الذي يظهر – والله أعلم – أن القول الأول القائل بأن الهازل إذا أتى بالصيغة الصريحة يقع طلاقه هو الراجح للآتي:

١ – حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة)(١).

٢ – أن الهازل باشر السبب وهو بالغ عاقل مختار، وهزله ليس من الأعذار التي تعطل الأسباب، فتختلف بها الأحكام، بل الهزل من منهيات الشرع: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗا﴾(٢).

٣ – أن الهازل وإن كان لم يقصد ما يترتب على ألفاظه وعباراته، لكنه كان قاصداً الإتيان بالعبارات ومدركاً لمعانيها، ودلالاتها.

٤ – أن في إيقاع الطلاق حفاظاً على أحكام الشرع من العبث واللعب، فمسائل النكاح بها حل وحرمة، ومتعلقة بالفروج، وصيانتها واجبة، ومن لوازم صيانتها منع جعلها موضوعاً للهزل واللعب(٣).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إن العقود من جملة الأمور التي يباشرها الإنسان، وحيث إن المنظور إليه في ترتيب الأحكام على هذه الأمور هو ما قصده فاعلها منها، فكذلك الحكم في العقود على المعاني التي تحتملها الألفاظ، ولذا جاءت القاعدة الفقهية المقررة بأن "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"(٤).

---

(١) تقدم تخريجه ص (٧٤).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٣١).

(٣) انظر: قاعدة الأمور بمقاصدها للباحسين (١٥٨).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (٢/٣٧١)، قواعد الحصني (١/٤١٨)، قواعد ابن رجب القاعدة (١٣٨/٢٦٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٦٣)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٣)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام=

ولكن لا يعني هذا إهمال الألفاظ بالكلية، لأنها قوالب المعاني المعبرة عنها.

ولذا فإن اختلاف العلماء السابق جاء بناء على اختلافهم في مسألة "هل الصريح يحتاج إلى نية؟".

فالجمهور[١] قالوا: الصريح لا يحتاج إلى نية الإيقاع، بينما ذهب الظاهرية[٢]، ومالك[٣]، وأحمد[٤] في رواية عنهما إلى أن الصريح يحتاج إلى نية، وعلى هذا القول فإن مسألة طلاق الهازل داخلة تحت قاعدة: "الأمور بمقاصدها"، وأما من قال بعدم حاجة الصريح إلى نية الإيقاع، فإنه لا يرى حاجة الصريح إلى قصد اللفظ[٥].

قال القرافي: «اعلم أن النية شرط في الصريح إجماعاً[٦]، وليست شرطاً فيه إجماعاً... [٧]، وهو ظاهر التناقض ولا تناقض فيه، فحيث قال الفقهاء: إن النية شرط في الصريح، فيريدون القصد لإنشاء الصيغة احترازاً من سبق اللسان... وحيث قالوا: النية ليست شرطاً في الصريح، فمرادهم القصد لاستعمال الصيغة في معنى الطلاق، فإنها لا تشترط في الصريح إجماعاً»[٨].

وقال ابن القيم[٩]: «اعتبار النيات في الألفاظ هو قول أئمة الفتوى، وأنها لا تلزم

=(١٨/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٥٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٢١).

(١) انظر: البناية على الهداية (٣٣/٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٦)، حاشية الدسوقي (٣٢٥/٢)، الفروق للقرافي (٣٠٠/٣)، نهاية المحتاج (٤٢٤/٦)، المنثور في القواعد (٣١٠/٢)، الإنصاف (٢١٦/٢٢).

(٢) انظر: المحلى (٢٠٥/١٠).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٣٢٥/٢).

(٤) انظر: الإنصاف (٢١٦/٢٢).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (٣١٠/٢)، المجموع المذهب (٦٢/١)، القواعد للحصني (٢٥٥/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٦).

(٦) انظر: البناية على الهداية (٢٥/٥)، جواهر الإكليل (٣٣٩/١)، المنثور (٣١٠/٢)، الإنصاف (٣١٧/٢٢).

(٧) انظر: البناية على الهداية (٣٣/٥)، المغني (٣٧٢/١٠).

(٨) الفروق (٣٠٠/٣).

(٩) أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزُّرَعي الدمشقي الحنبلي، فقيه أصولي مجتهد، ولد في دمشق، وتتلمذ على يد ابن تيمية، له مؤلفات منها: إعلام الموقعين، وزاد المعاد، ومدارج السالكين، والوابل الصيب، والتبيان في أقسام القرآن، توفي سنة ٧٥١هـ.
انظر: الوافي بالوفيات (٢٧١/٢)، ذيل طبقات الحنابلة (٤٤٧/٢).

بها أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها مريداً لموجباتها، كما أنه لابد أن يكون قاصداً للتكلم باللفظ مريداً له»[(١)].

فقصد اللفظ في طلاق الهازل معتبر، لأن الهازل غير مأذون له في الهزل بكلمة الكفر والعقود، فهو متكلم باللفظ مريد له، ولم يصرفه عن معناه إكراه، ولا خطأ، ولا نسيان، ولا جهل، والهزل لم يجعله الله ورسوله ﷺ عذراً صارفاً بل صاحبه أحق بالعقوبة[(٢)].

لذا يتبين أن طلاق الهازل باللفظ الصريح داخل تحت قاعدة "الأمور بمقاصدها"، إما لحاجة الصريح إلى نية، وإما لحاجة اللفظ الصريح إلى قصد اللفظ، وإن كان لا يحتاج إلى قصد الإيقاع على قول الجمهور.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

يرجع سبب استثناء هذه المسألة من قاعدة: "الأمور بمقاصدها" إلى أمرين:

الأول: النص:

فإن الشارع جعل هزله جداً[(٣)]، لحديث أبي هريرة ﷺ، أن النبي ﷺ قال: (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة)[(٤)].

الثاني: المعقول:

أن اللعب والهزل والمزاح في حقوق الله غير جائزة، فيكون جد القول وهزله سواء[(٥)]، لذا لم يعذر الله الهازل إذا تكلم بالكفر قال تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا

---

(١) إعلام الموقعين (٦٢/٣).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٦٣/٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٦).

(٤) تقدم تخريجه ص (٧٤).

(٥) انظر: إعلام الموقعين (١٢٥/٣).

نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ * لاَ تَعْتَذِرُواْ قَدْ كَفَرْتُم بَعْدَ إِيمَانِكُمْ ﴾[١]، ويقاس على ذلك نطقه بالطلاق هزلاً، لأن فيه حقاً لله، لذا نجد من أدلة الجمهور لإيقاع طلاق الهازل قوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَتَّخِذُوَاْ آيَاتِ اللّهِ هُزُواً ﴾[٢][٣].

فإلزام الهازل بألفاظه وإن كانت خلافاً لقصده، عقاب له على استخفافه بالـــدين، وتجرؤه على العبث في مجال ينبغي أن يصان عن ذلك[٤].

* * *

(١) سورة التوبة، الآيتان (٦٥ — ٦٦).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٣١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/١٠٠)، حاشية الخرشي على مختصر خليل (٤/٤٥٨).

(٤) انظر: قاعدة الأمور بمقاصدها للباحسين (١٥٨).

المسألة الثالثة: إذا قتل الوارث مورثه عمداً مستعجلاً الإرث.

وهذه المسألة مثال على قاعدة "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"[١]. التي تعتبر استثناء من قاعدة "الأمور بمقاصدها"[٢]، وفي هذه المسألة ثلاثة مقاصد:

المقصد الأول: حكم المسألة:

اتفق الأئمة الأربعة على حرمان قاتل العمد من الميراث، وذلك إذا أقدم على قتل مورثه[٣]، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١ – من السنة:

حديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده[٤]، أن النبي ﷺ قال: (لا يرث القاتل شيئاً)[٥].

وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: (ليس للقاتل من الميراث شيء)[٦].

وجه الاستدلال: الحديثان فيهما دلالة على أن القاتل لا يرث من مورثه شيئاً.

---

(١) سيأتي بحثها في الفصل العشرين من الباب الثاني ص (٦٠٨).

(٢) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٦٠).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٧٦٦)، حاشية الدسوقي (٤/٤٣٢)، روضة الطالبين (٥/٣٢)، كشاف القناع (٤/٤٩٢).

(٤) أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل السهمي القرشي، فقيه أهل الطائف ومحدثهم، توفي سنة ١١٨هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٥/١٦٥)، لسان الميزان (٧/٣٢٥).

(٥) أخرجه أبو داود، في كتاب الديات، باب دية الأعضاء برقم (٤٥٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الفرائض، باب لا يرث القاتل (٦/٢٢٠)، وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود رقم (٤٥٦٤).

(٦) أخرجه النسائي في السنن الكبرى في كتاب الفرائض، باب توريث القاتل برقم (٦٣٣٣)، والدار قطني في كتاب الفرائض، باب القاتل لا يرث (٤١٤٨)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الفرائض، باب لا يرث القاتل (٦/٢٢٠)، والطبراني في المعجم الأوسط (١/٢٧١)، وقال الألباني في الإرواء: (٦/١١٦): «إسناده صحيح لكنه مرسل».

٢ – من الإجماع:

انعقد الإجماع على حرمان القاتل من الميراث[١]، إلا ما رُوي عن الخوارج[٢]، وعن بعض العلماء كابن المسيب[٣]، وابن جبير[٤]، عملاً بعموم آيات المواريث[٥]، وقد قال ابن قدامة عن هذا القول: «ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه»[٦].

٣ – من المعقول:

أن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل؛ لأن الوارث ربما استعجل موت مورثه، ليأخذ ماله فيقتله[٧].

ومع اتفاق الأئمة الأربعة على حرمان القاتل من الميراث اختلفوا في نوع القتل المانع:

الحنفية والحنابلة: يرون أن القتل الذي يمنع من الميراث هو القتل الموجب للقود أو الكفارة، فيشمل أنواعاً من القتل عندهم العمد، وشبه العمد، والخطأ وما جرى مجرى الخطأ[٨].

---

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر (٨٥)، المغني (٩/١٥٠).

(٢) الخوارج: طائفة تنتسب إلى الإسلام سميت بذلك لخروجهم على أمير المؤمنين علي ﷺ، وتسمى الحرورية والنواصب. من عقائدهم: القول بخلق القرآن، وتكفير مرتكب الكبيرة في الدنيا. والقول بخلوده في النار، ويرون الخروج على الإمام إذا خالف السنة، وانقسمت هذه الطائفة إلى فرق كثيرة منها الأزارقة، والأباضية.
انظر: مقالات الإسلاميين (١/١٦٧)، جامع الفرق والمذاهب الإسلامية (٩٣).

(٣) أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن القرشي المخزومي المدني، سيد التابعين وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة، جمع بين الحديث والفقه، توفي سنة ٩٤هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٢/٣٧٥)، الوافي بالوفيات (١٥/٢٦٢).

(٤) أبو عبد الله سعيد بن جبير بن هشام الأسدي بالولاء الكوفي، أحد أعلام التابعين، أخذ العلم عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر ﷺ، قتله الحجاج سنة ٩٥هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٢/٣٧١)، الوافي بالوفيات (١٥/٢٠٦).

(٥) الآيات: (١١، ١٢، ١٧٦) من سورة النساء.

(٦) المغني (٩/١٥٠).

(٧) انظر: المغني (٩/١٥١).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٧٦٧)، كشاف القناع (٤/٤٩٢).

والمالكية: يرون أن القتل الذي يمنع من الميراث هو القتل العمد العدوان، سواء أكان تسبباً أم مباشرة[١].

والشافعية: يرون أن القتل بجميع أنواعه يمنع من الميراث سواء أكان عمداً أم خطأ، وسواء أكان موجباً للقصاص أم لا، وسواء أكان مباشرة أم تسبباً[٢].

ومن خلال استعراض الأقوال الأربعة ظهر الاتفاق على أن القتل العمد مانع من الميراث.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

أن القاتل إنما قتل في هذه الصورة استعجالاً للميراث فاعتبر قصده إعمالاً لقاعدة: "الأمور بمقاصدها" وعومل بنقيض قصده سداً للذرائع، وبهذا يتبين وجه دخولها في القاعدة، وذلك أن القصد من القتل هو استعجال أمر مستحق من جانب آخر بفعل أمر محرم، فكانت المعاملة له بنقيض مقصوده الفاسد، وهذا القصد صادر من مسلم مكلف في أمر معلوم للقاتل، فتحققت فيه شروط الاعتداد بالقصد كما تحققت شروط الأمر المقصود[٣].

والمذاهب الأربعة متفقة على اشتراط قصد الفعل وقصد الشخص المقصود في قتل العمد[٤].

فالقصد شرط في قتل العمد، والقصد هو المعنى المراد في معنى قاعدة: "الأمور بمقاصدها"، لكن لما كان هذا القصد مخالفاً للشرع عومل هذا القاتل بنقيض مقصوده.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٤/٤٣٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥/٣٢).

(٣) انظر: إيضاح المسالك (١١٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٦٠)، قاعدة الأمور بمقاصدها للباحسين (٦١ – ٦٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٧/٢٣٣)، المدونة الكبرى (١٦/٣٠٨)، مغني المحتاج (٤/٣)، المقنع (٢٥/١٠).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء من القاعدة.

إن قاعدة "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، تعد مستثناة من قاعدة: "الأمور بمقاصدها"، لأن الفاعل يعامل بنقيض مقصوده[(١)].

ويرجع السبب في ذلك إلى أمرين:

أولاً: من السنة:

حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: (لا يرث القاتل شيئاً)[(٢)].

وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (ليس للقاتل من الميراث شيء)[(٣)].

وجه الاستدلال: في الحديثين الدلالة على المعاملة بنقيض قصد القاتل استعجال الإرث إلى أن يحرم من الميراث، لأنه سعى بفعله إلى مناقضة قصد الشارع.

ثانياً: قاعدة: "سد الذرائع":

إن قاعدة "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه" ما هي إلا تطبيق لقاعدة "سد الذرائع"، فهي تعامل المكلف بنقيض قصده إذا استعجله وحاول الوصول إليه قبل أوانه، وما هذا إلا إعمال لقاعدة "سد الذرائع"، حيث إن أحد مقاصد هذه القاعدة هو سد الباب الذي ينشأ عن استخدام الوسائل التي تفضي إلى مفاسد عظمى[(٤)].

وكل فعل يصدر من المكلف يتجاذبه طرفان أساسيان من حيث الحكم عليه إذناً ومنعاً:

الطرف الأول: الباعث على الفعل أو الدافع إليه، وبحسب هذا الباعث يثاب الإنسان في الآخرة أو يعاقب، ويباح له الفعل فيما بينه وبين ربه أو يمنع.

---

(١) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٥٩)، سد الذرائع عند شيخ الإسلام ابن تيمية للمهنا (٣٢٢).

(٢) تقدم تخريجه ص (٨٠).

(٣) تقدم تخريجه ص (٨٠).

(٤) انظر: سد الذرائع عند شيخ الإسلام ابن تيمية للمهنا (٣٢٣).

الطرف الثاني: المآل الذي يؤول إليه ذلك الفعل والنتيجة التي يؤدي إليها من صلاح أو فساد، وبحسبه يكون الفعل مأذوناً فيه أو ممنوعاً منه، إذ المصلحة مطلوبة شرعاً، فما يؤدي إليها يكون مطلوباً، والمفسدة ممنوعة شرعاً فما يؤدي إليها يكون كذلك، وقد بنى الشاطبي قاعدة سد الذرائع على أساس أن النظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعاً، فإن كانت النتيجة مصلحة كانت الوسيلة مشروعة، وإن كانت النتيجة مفسدة أو ضرراً كانت الذريعة ممنوعة شرعاً[1].

وإن من يتوسل بالوسائل غير المشروعة تعجلاً منه للحصول على مقصوده المشروع، فإن الشرع يعامله بنقيض مقصوده، والحكمة من وراء هذا الموقف هو سد طرق الفساد، وصيانة الحقوق، ومنع التعدي عليها، لأنه لو لم يمنع القاتل من الميراث لفتح باب الفساد في الأرض، حيث يتخذ الورثة الذين لا خلاق لهم القتل ذريعة للوصول إلى تملك تركة مورثهم.

وقد عد ابن القيم حديث منع القاتل من الميراث من شواهد سد الذرائع وصحته وأنه حكم قائم على هذا الأساس[2].

* * *

(١) انظر: الموافقات (١٩٤/٤)، قاعدة سد الذرائع لمحمود عثمان (٧٨).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (١٤٢/٣، ١٤٣).

الفصل الثاني

المستثنيات من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" والقواعد المندرجة تحتها

فيه تمهيد ومبحثان:

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

- المبحث الأول: المستثنيات من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".

- المبحث الثاني: المستثنيات من القواعد المندرجة تحتها.

قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاها والقواعد المندرجة تحتها:

إن هذه القاعدة من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية، وتدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها من عبادات ومعاملات كثيرة، كما أها تعد أصلاً لكثير من القواعد الفقهية والقواعد الأصولية[٢].

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي: تشتمل هذه القاعدة على لفظين هما: اليقين، والشك.

اليقين في اللغة: من يقن الأمر إذا استقر وثبت ووضح[٣].

وفي اصطلاح الأصوليين:

ذكر الأصوليون جملة من التعريفات، إلا أن جمهور الأصوليين أخذوا بتعريف واحد، كما بين ذلك الباحسين في كتابه: "قاعدة اليقين لا يزول بالشك"[٤]، وهو قولهم: «اعتقاد الشيء الجازم المطابق للواقع غير ممكن الزوال»[٥].

واليقين عند الفقهاء: المعنى عند الفقهاء أوسع مما ذكره الأصوليون، إذ يشمل

---

(١) انظر: تأسيس النظر (١٧)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/٧٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٣)، القواعد للحصني (١/٢٦٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١١٤)، إيضاح المسالك للونشريسي (٧٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٧٥)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٢٠)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٧٩)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٦٦)، قواعد الفقه الإسلامي للروكي (١٨٤)، القواعد الفقهية لعزام (٩٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٢٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١١٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٢٧)، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي للزحيلي (٩٤).

(٣) انظر: المصباح المنير (٣٥١).

(٤) انظر: (٣١).

(٥) انظر: التمهيد لأبي الخطاب (١/٦٤)، التعريفات للجرجاني (٣١٧)، إرشاد الفحول (١/٦١).

زيادة على ذلك، ما هو مظنون أيضاً، قال النووي[١]: «واعلم أنهم يطلقون العلم واليقين ويريدون بهما الظن الظاهر لا حقيقة العلم واليقين، فإن اليقين هو الاعتقاد الجازم وليس ذلك بشرط في هذه المسألة ونظائرها»[٢].

الشك في اللغة: مأخوذة من شك الأمر يشكه شكاً، وشككت في الأمر بمعنى التردد فيه، وأصل الشك التداخل، ومن ذلك قولهم: شككته بالرمح إذا طعنته فدخل السنان جسمه[٣].

والشك في اصطلاح الأصوليين: «تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر»[٤].

وعند الفقهاء: «التردد بين وجود الشيء وعدمه، سواء كان الطرفان في التردد سواء أو أحدهما راجحاً»[٥].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن الأمر الثابت ثبوتاً يقيناً والمقرر بدليل أو أمارة أو أي طريق من طرق الإثبات المعتد بها، والمعبر عنه بالأصل أو اليقين لا يرفعه شك ضعيف أو احتمال لا يستند إلى دليل، بل يبقى حكم الأصل أو اليقين سارياً حتى يقوم الدليل المعتبر على تغيير ذلك الحكم[٦].

وكذلك الأمر المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك، لأن الشك أضعف من اليقين فلا يعارضه ثبوتاً وعدماً[٧].

---

(١) أبو زكريا يحيى بن شرف الحوراني الشافعي، كان إماماً حافظاً من فقهاء الشافعية، له مؤلفات منها: المنهاج في شرح مسلم، والمجموع شرح المهذب، ورياض الصالحين، والأذكار، والأربعون النووية، توفي سنة ٦٧٦هـ.

انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٨/٣٩٥)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٤٧٦).

(٢) المجموع (١/٢٤٠).

(٣) انظر: مقاييس اللغة (٣/١٧٣).

(٤) الحدود في الأصول للباجي (٢٩).

(٥) المجموع (١/٢٢٠).

(٦) انظر: قاعدة اليقين لا يزول بالشك للباحسين (٤٦)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٣١).

(٧) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٦٩).

٢ – أركان القاعدة وشروطها:

إن قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، قضية تركيبية تتكون من الموضوع وهو الحكم اليقيني، والحكم: وهو بقاء الحكم اليقيني وعدم تأثره بالشك[١].

ولهذه القاعدة أركان وشروط، ذكرها الدكتور الباحسين في كتابه "قاعدة اليقين لا يزول بالشك"، ومجمل هذه الأركان والشروط على النحو التالي:

أركان القاعدة:

الركن الأول: اليقين بالحالة السابقة سواء كانت حكماً شرعياً؛ كالتيقن من إباحة شيء أو حرمته، أو وجوبه أو ندبه، أو كانت موضوعاً ذا حكم شرعي، كالتيقن من بلوغ ماء معين قلتين أو أكثر فلا يحمل خبثاً، أو تغير ماء معين بنجاسة فيكون نجساً.

الركن الثاني: الشك في البقاء، والمقصود في ذلك الشك ببقاء اليقين السابق[٢].

شروط القاعدة:

شروط القاعدة ستة وهي:

١ – اتحاد القضيتين المتيقنة والمشكوك فيها في المتعلق: والمقصود بذلك أن يكون ما يتعلق به اليقين هو ما يتعلق به الشك.

٢ – اختلاف زمني حدوث الشك واليقين: ويكون ذلك بتقدم زمن اليقين على زمن الشك، ليصدق عدم نقض اليقين بالشك، لأن من المستحيل اجتماع زمن اليقين وزمن الشك، مع كون المتيقن هو المشكوك فيه نفسه، لما في ذلك من الجمع بين النقيضين وهو محال.

٣ – اتصال زمن الشك بزمن اليقين: والمقصود بذلك أن لا يوجد فاصل بينهما يتخلله يقين آخر، لأن دخول اليقين على اليقين ينقضه.

٤ – فعلية الشك واليقين: والمقصود أن يتحقق كل من الشك واليقين بالفعل، فلا

---

(١) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٣٤).

(٢) انظر: اليقين لا يزول بالشك ص (٥٣، ٥٤).

عبرة بالشك التقديري؛ لعدم صدق النقض به، ولا اليقين التقديري؛ لعدم صدق نقضه بالشك.

٥ – وجود الأثر العملي المصِّحح لإجراء القاعدة: والمقصود من ذلك أن يكون لإبقاء حكم المتيقن في حالة الشك أثر عملي، بأن يكون مؤدياً إلى عذر المكلف، والاعتداد بما يجيء به من عمل، سواء كان في استصحاب البراءة الأصلية، أو العدم الأصلي، بعدم التكليف، أو باستصحاب الحكم أو موضوعه، أو متعلقه، أو قيوده، أو شروطه.

٦ – أن لا يعارض يقين القاعدة ما هو أرجح منه: وفي هذه الحالة يعمل بالراجح من المتعارضَين[١].

٣ – أدلة القاعدة:

دلَّ على القاعدة أدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾[٢].

وجه الدلالة: أن مما فسر الظن به أنه الحالة التي لا يقع بها علم بحقيقة الشيء ولا بصحته، وواقع هذه الحالة أنه حال شك وريبة، وقد دلت الآية على أن هذه الحالة لا تغني عن اليقين ولا تقوم في شيء مقامه، فيدل على أن الشك لو قابل اليقين لا يقوى على معارضته، بل يبقى الحكم لليقين[٣].

من السنة:

حديث أبي هريرة ﷺ قال، قال النبي ﷺ: (إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً

---

(١) انظر: قاعدة اليقين لا يزول بالشك للباحسين (٥٥ – ٦٠).

(٢) سورة يونس، الآية (٣٦).

(٣) انظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن (١٢/١٨١).

فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»[١].

قال النووي: «هذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها»[٢].

من الإجماع:

أجمع العلماء على أصل العمل بهذه القاعدة، قال القرافي: «فهذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه»[٣].

٤ – تطبيقات القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة من أبواب مختلفة، وأذكر أمثلة من هذه التطبيقات:

١ – إذا شك من يغتسل من الجنابة، هل عمَّ الماء بدنه أو لا؟ بنى على اليقين وهو عدم التعميم، ولزمه تعميم الماء ما لم يكن ذلك وسواساً[٤].

٢ – إذا شك في أداء ما وجب عليه في الزكاة لزمه الإتيان به[٥].

٣ – إذ شك هل طاف ستاً أو سبعاً؟ بنى على اليقين[٦].

٤ – إذا وقع النكاح بين رجل وامرأة بعقد صحيح، ثم وقع الشك في الطلاق،

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يعمل بطهارته تلك، رقم (٣٦٢).

(٢) شرح صحيح مسلم (٤/٤٠).

(٣) الفروق (٢/٦٠٧).

(٤) انظر: بدائع الفوائد لابن القيم (٣/١٢٧٩).

(٥) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (٢/٦٥).

(٦) انظر: بدائع الفوائد لابن القيم (٣/١٢٧٩).

فالنكاح باقٍ[١].

٥ – القواعد المندرجة تحت القاعدة:

يندرج تحت هذه القاعدة قواعد متفرعة عنها ومتممة لها، وقد ذكر السيوطي القواعد المندرجة تحت قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" على النحو التالي:

١ – قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان".

٢ – قاعدة: "الأصل براءة الذمة".

٣ – قاعدة: "من شك هل فعل شيئاً، أو لا؟ فالأصل أنه لم يفعله".

٤ – قاعدة: "الأصل العدم".

٥ – قاعدة: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن".

٦ – قاعدة: "الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم".

٧ – قاعدة: "الأصل في الأبضاع التحريم".

٨ – قاعدة: "الأصل في الكلام الحقيقة".

القاعدة الأولى: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"[٢].

معنى القاعدة:

أن الشيء إذا ثبت على حال من الأحوال في زمان ما، فإنه يحكم ببقائه ودوام ثبوته في الزمان الحاضر، حتى يأتي المغير المعتبر شرعاً فيؤخذ بمقتضاه حينئذ[٣].

وهذه القاعدة تشير إلى ما يعرف بالاستصحاب.

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٥).

(٢) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي (١٤٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١١٥)، الأشباه لابن نجيم (٧٦)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (١/٣١٥)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٥)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٢٠)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٨٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٧٢).

(٣) انظر: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٣٩).

من تطبيقات القاعدة:

من تيقن الطهارة وشك في الحدث، فهو متطهر[١].

القاعدة الثانية: "الأصل براءة الذمة"[٢].

معنى القاعدة:

أن الأصل في ذمم الناس فراغها من جميع أنواع التحمل والالتزام إلى أن يثبت خلاف ذلك بدليل[٣].

دليل القاعدة:

حديث عبد الله بن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[٤].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل البينة التي هي الدليل على انشغال الذمة في جانب المدعي، لأنه يدعي شيئاً على خلاف الظاهر، ولم يطلب من المدعى عليه إلا اليمين، مما يدل على أن الأصل براءة الذمة[٥].

من تطبيقات القاعدة:

إذا توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل، لا يقضى بمجرد نكوله، لأن الأصل براءة ذمته، بل تُعرض على المدعي[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١١٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٧٦).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢١٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٢٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٧٨)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (١/٣١٨)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٨)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٢٢)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٠٥).

(٣) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٤٧).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (١٠/٢٥٢)، والحديث في الصحيحين بلفظ (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن اليمين على المدعى عليه)، وصححه الألباني في إرواء الغليل برقم (٢٦٨٥).

(٥) انظر: الممتع في القواعد الفقهية للدوسري (١١٩).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٢٠).

القاعدة الثالثة: "من شك هل فعل شيئاً أو لا؟ فالأصل أنه لم يفعله"[١].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تؤكد أن براءة الذمة أصل مقرر، فإن من شك هل فعل شيئاً أو لم يفعله، فالأصل عدم الفعل، فلذلك يبني على عدم الفعل، إلا إذا غلب على ظنه الفعل فيأخذ حكمه، لأن غلبة الظن قريب من اليقين وبعيد عن الشك[٢].

من تطبيقات القاعدة:

إذا شك في ارتكاب فعل منهي عنه – وهو في الصلاة – فلا يسجد للسهو، لأن الأصل عدم الفعل[٣].

القاعدة الرابعة: "الأصل العدم".

هذه القاعدة وردت بلفظ: "الأصل العدم"[٤]، وبلفظ: "الأصل في الصفات أو الأمور العارضة العدم"[٥].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، لأن العدم في الأمور العارضة أو الصفات العارضة يقين، وأما وجودها فهو مشكوك فيه، ويتعلق بهذه القاعدة كثير من التصرفات: كالعقود والالتزامات والإتلافات[٦].

معنى القاعدة:

"صفات الأشياء نوعان: نوع أصلي يكون وجوده مصاحباً لوجود الموصوف، فهذه تسمى صفات أصلية، الأصل فيها وجودها، كسلامة المبيع من العيوب، وسلامة

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٢٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٧٩)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/١١٠٤).

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١/١٠١٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٢٣).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٢٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٢).

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية مادة (٩)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٢٣)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١١٧).

(٦) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٤٨).

رأس مال المضاربة من الربح والخسارة.

ونوع عارض يطرأ على الشيء بعد وجوده، فهذا الأصل فيه عدم الوجود، فإذا حصل نزاع في صفة ولا دليل ولا حجة مع مدعيها، فيكون القول قول من يتمسك بالصفة الأصلية مع يمينه، لأنه متمسك بأصل ظاهر، فتكون البينة على من يتمسك بالصفة العارضة، لأنه متمسك بخلاف الأصل"[١].

من تطبيقات القاعدة:

إذا ثبت على المدعى عليه دين بإقرار أو بينة، فادعى الأداء والإبراء فأنكر غريمه، فالقول قول غريمه، لأن الأصل عدم ذلك[٢].

القاعدة الخامسة: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن"[٣].

معنى القاعدة:

إذا كانت الأحكام تختلف باختلاف تاريخ حدوثها، فإنه لابد من معرفة التاريخ، وإذا حصل شك فيه، هل وقع في وقت كذا أو في وقت كذا ولا بينة؟، أضفناه إلى أقرب تلك الأوقات المشكوك فيها، فيكون أقرب الأوقات هو حكم اليقين، فلا يعدل عنه إلا بدليل[٤].

من تطبيقات القاعدة:

من رأى في ثوبه منياً و لم يذكر احتلاماً لزمه الغسل، وإعادة كل صلاة صلاها من آخر نومة نامها فيه[٥].

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١٠/٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١٢٨/١).

(٣) انظر: المنثور في القواعد (١٧٤/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٣٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٤)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٣٣٠/١)، مجلة الأحكام العدلية المادة (١١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢٥/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٢٥)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٨٧).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٥٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١٣٠/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٤).

القاعدة السادسة: "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم"[١].

هذه القاعدة متعلقة بحكم الأشياء المسكوت عنها، أي التي لم يرد بشأنها دليل يبيحها بعينها أو يحرمها بعينها، وهي مندرجة تحت قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" إذ إن هذه القاعدة أفادت أن إباحة الأشياء المسكوت عنها أمر متيقن، وحرمتها أمر مشكوك فيه، فنأخذ باليقين وهو الإباحة ونترك المشكوك فيه وهو التحريم.

معنى القاعدة:

أن الأصل والقاعدة في الأشياء هو إباحة الانتفاع بها إلى أن يرد دليل شرعي يمنع ذلك، فإذا ورد دليل شرعي يمنع الانتفاع بها عمل به وألغي الأصل المبيح[٢].

أدلة القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والمعقول، ومن تلك الأدلة:

من الكتاب:

١ – قوله تعالى: ﴿هُوَالَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً﴾[٣].

وجه الدلالة: أن الله تعالى امْتَنَّ علينا في هذه الآية بأنه خلق لنا جميع ما في الأرض، وأبلغ وجه الامتنان بالشيء إباحة الانتفاع به، فيكون الانتفاع بجميع ما في الأرض مباحاً لنا[٤].

٢ – قوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللّهِ الَّتِيَ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالْطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾[٥].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٨٦/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٣١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٧)، بلفظ "هل الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على عدم الإباحة، وهو مذهب الشافعي رحمه الله أو التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة"، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٩١).

(٢) الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٧٨).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٩).

(٤) انظر: الممتع في القواعد الفقهية للدوسري (١٢٧).

(٥) سورة الأعراف، الآية (٣٢).

وجه الدلالة: أن الله تعالى أنكر على من حرم أشياء بدون دليل صادر عنه تعالى، فدلَّ على أن ما لم يأت بشأنه دليل يحرمه يكون حكمه الإباحة[(١)].

من السنة:

حديث أبي الدرداء ﷺ: أن النبي ﷺ قال: (ما أحل الله فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن نسياً)[(٢)].

وجه الدلالة: دلَّ الحديث على أن ما سكت عنه فهو عفو، وذلك دليل على إباحته.

من تطبيقات القاعدة:

يتخرج على هذا الأصل كثير من الأطعمة والأشربة من النباتات والفواكه والحبوب التي ترد إلينا من بلاد بعيدة ولا نعرف أسماءها ولم يثبت ضررها، وكذلك يتخرج عليها كثير من أنواع الفرش والأثاثات والآلات المستحدثة فيما لا يندرج تحت نهي، وأيضاً بعض أنواع العقود المستحدثة والمعاملات الجديدة إذا ثبت خلوها من الربا والجهالة والغرر والضرر[(٣)].

القاعدة السابعة: "الأصل في الأبضاع التحريم"[(٤)].

معنى القاعدة:

المراد بالأبضاع: الفروج جمع بُضْع وهو الفرج، كناية عن النساء والاستمتاع بهن.

---

(١) انظر: الممتع في القواعد الفقهية للدوسري (١٢٨).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب التفسير، باب سيهلك من أمتي أهل الكتاب وأهل اللَّبن (٣٤٧١)، والدار قطني في كتاب الزكاة، باب الحث على إخراج الصدقة وبيان قسمتها رقم (٢٠٦٦)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الضحايا، باب ما لم يذكر تحريمه ولا كان في معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب (١٠/١٢).

وقال الحاكم: «صحيح الإسناد»، ووافقه الذهبي، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١/١٧١): «حسن ورجاله موثقون»، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة (٢٢٥٦).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لعزام (١١٠).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (١/٨٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٣٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٨)، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية للبورنو (١٩٩).

أي أن الأصل في وطء النساء هو الحظر ولا يباح إلا بعقد النكــاح الـصحيح أو بملك اليمين[(١)].

من تطبيقات القاعدة:

لو أن رجلاً وكل شخصاً في شراء جارية ووصفها، فاشــترى الوكيـل جاريـة بالصفة، ومات قبل أن يسلمها للموكل، لم يحل للموكل وطؤها، لاحتمال أنه اشـتراها لنفسه، وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهراً في الحل، ولكن الأصل التحريم، حتى يتيقن سبب الحل[(٢)].

القاعدة الثامنة: "الأصل في الكلام الحقيقة"[(٣)].

معنى القاعدة:

الحقيقة: استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له، والمجاز: استعمال اللفظ في غير ما وضع له في أصل اللغة لعلاقة مع وجود قرينة صارفة عن إرادة المعنى الحقيقي[(٤)].

فالراجح في الكلام إذا تردد بين الحقيقة والمجاز أن يحمل على الحقيقة، لأن المعـنى الحقيقي أصل والمجاز بدل، والأصل يقدم ويرجح على البدل[(٥)].

من تطبيقات القاعدة:

إذا وقف الأب على أولاده، لا يدخل في ذلك ولد الولد، لأن اسم الولد حقيقة في ولد الصلب[(٦)].

---

(١) انظر: لسان العرب (٥/٣٦١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢١٢)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية (١٧٦).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٣٣).

(٣) انظر: قواعد الحصني (١/٣٩٣)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/١٦٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٣٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩١)، مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا (١٣٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣١٧).

(٤) انظر: الإحكام للآمدي (١/٣٦، ٣٨).

(٥) انظر: البحر المحيط (٢/١٩١)، الممتع في القواعد الفقهية للدوسري (١٩٠).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٣٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩١).

المبحث الأول

المستثنيات من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"

هذه القاعدة تفيد أن الأمر الثابت باليقين لا يزول بالشك، أو بالظن أو الوهم، وإنما يزول بيقين مثله أو بظن غالب، فالحكم يُبنى على اليقين والقطع وغلبة الظن، ولا يزول إلاّ باليقين والقطع وغلبة الظن، أي أنه لا يزول بما دون ذلك[1].

والقواعد الفقهية ليست كلها أمراً مطرداً تشمل جميع الوقائع والحالات التي تندرج تحت معناها بدون استثناء، بل إن بعضها يستثنى منها مسائل وصور.

وقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، مع كونها قاعدة معتبرة عند الفقهاء، خرجت عنها مسائل قليلة، وذلك كما ذكر ابن القاص[2] في كتابه التلخيص[3]، والنووي في المجموع[4]، وابن نجيم في الأشباه والنظائر[5]، وغيرهم كما سيأتي في هذا المبحث.

وقد ذكر الفقهاء عشر مسائل مستثناة من هذه القاعدة أذكرها على النحو التالي:

* * *

---

(١) انظر: علم القواعد الشرعية للخادمي (١٩٧).

(٢) أبو العباس أحمد بن أحمد الطبري البغدادي، ابن القاص أحد أئمة المذهب الشافعي، له مؤلفات منها: التلخيص، والمفتاح، وأدب القاضي، والمواقيت، توفي سنة ٣٣٥هـ.

انظر: وفيات الأعيان (١/٦٨)، طبقات الشافعية الكبرى (٣/٥٩).

(٣) انظر: (١٢٣).

(٤) انظر: (١/٢٦٤).

(٥) انظر: (٩٤).

المسألة الأولى: إذا شك ماسح الخف في انقضاء المدة[١].

هذه المسألة من المستثنيات من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" ذكرها بعض الشافعية في كتب الفقه والقواعد، وأول من ذكرها أبو العباس ابن القاص في كتابه "التلخيص" وتابعه بعض الشافعية، وخالفه آخرون كما سيأتي بيانه في المقاصد التالية:

المقصد الأول: حكم المسألة:

هذه المسألة تجري على كلا القولين في ابتداء المسح: على قول من قال إن ابتداء المدة من أول حدث بعد لبس الخف وهو قول الجمهور من الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والمشهور في مذهب الحنابلة[٤]، وعلى قول من قال: إن ابتداء المدة من أول مسح بعد الحدث، وهو رواية عن الإمام أحمد[٥].

أما مذهب المالكية فلا تتأتى هذه المسألة على المشهور في مذهبهم، لأنهم لا يرون التوقيت أصلاً، فهو يمسح حتى يخلع لا فرق بين المسافر والمقيم[٦].

فإذا شك الماسح، مثلاً: هل انتهاء المسح بالعصر أو المغرب؟

فإن الشافعية[٧]، والحنابلة[٨]، قالوا: إن المسح ينتهي بالعصر.

---

(١) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٣)، المجموع للنووي (١/٢٦٤)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/٨٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٩)، المنثور في القواعد (٢/٤٦)، قواعد الحصني (١/٢٨٠)، الاعتناء في الفرق والاستثناء (١/٢٣٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٥١)، القواعد الفقهية لعزام (٩٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١/٨)، حاشية ابن عابدين (١/٤٥٦).

(٣) انظر: الأم (١/٣٠)، المجموع (١/٤٧٠).

(٤) انظر: الإنصاف (١/٤٠٠)، كشاف القناع (١/١١٤).

(٥) انظر: الإنصاف (١/٤٠٠).

(٦) انظر: مواهب الجليل (١/٤٦٧)، حاشية الخرشي (١/٣٣٢).

(٧) انظر: الأم (١/٣١)، حاشيتي قليوبي وعميرة (١/٦١).

(٨) انظر: الإنصاف (١/٤٠٣)، كشاف القناع (١/١١٥).

وعللوا:

١ - إن المسح رخصة جوزت بشرط، فإن لم يتحقق بقاء شرطها رجع إلى الأصل[١].

٢ - إن المسح رخصة يجب فيها العمل باليقين والرخص لا تناط بالشك[٢].

ولم أقف على قول للحنفية في هذه المسألة، إلا أن قولهم بالتوقيت في المسح[٣]، وإعمالهم قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"[٤]، يوحي إلى أن مذهبهم يوافق قول الشافعية والحنابلة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

مسألة شك الماسح في انقضاء المدة، فيها تردد بين انقضاء المدة وعدم انقضائها، ولا مرجح، وكما تبين في المقصد السابق أن الجمهور عَدُّوا هذه المسألة من مسائل الشك[٥]، وإنما وقع اختلاف عند بعض أصحاب الشافعية في اعتبارها من المستثنيات، فخالف في استثنائها القفال الشاشي[٦]، والحصني[٧] وغيرهما، وقالوا: إن المسح رخصة مشروطة بشرط، فمتى لم يتحقق الشرط المجوز للمسح، يرجع إلى الأصل، وهو غسل الرجل[٨].

---

(١) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٢٨٦/١)، كشاف القناع (١١٥/١).

(٢) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة (٦١/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٤٠٣/١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٨/١)، حاشية ابن عابدين (٤٥٦/١).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٧٦).

(٥) انظر: ص (٩٩).

(٦) أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل القفال الشاشي، فقيه شافعي، كان إمام عصره، فقيهاً محدثاً أصولياً، له مؤلفات منها: دلائل النبوة، ومحاسن الشريعة، وأدب القضاء، توفي سنة ٣٦٥هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٦٨/١)، الوافي بالوفيات (٤٨٩/١)، طبقات الشافعية الكبرى (٢٠٠/٣).

(٧) أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز الحصني الدمشقي الحسيني، فقيه شافعي، له مؤلفات منها: القواعد، وشرح المنهاج، وتنبيه السالك على مضار المسالك. توفي سنة ٨٢٩هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٩٧/٤)، الأعلام (٦٩/٢).

(٨) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٤)، المجموع للنووي (٢٦٤/١)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٨١/١)، قواعد الحصني (٢٨٢/١).

بينما نجد أن من يرى الاستثناء قالوا: إننا في هذه المسألة طرحنا اليقين، وهو جواز المسح، فجواز المسح متيقن وانقضاء المدة مشكوك فيه[١]، وهذا هو الراجح لإعمال الشك في هذه المسألة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة من المسائل التي استثناها أبو العباس ابن القاص[٢]، وقال النووي في المجموع: «والصواب في أكثر المسائل مع أبي العباس كما ذكرنا وهو ظاهر لمن تأمله»[٣] وتابعه الزركشي[٤]، في المنثور[٥].

وأما سبب الاستثناء: فلأن المسح على الخفين رخصة – عند الأئمة الأربعة[٦]، إلا في رواية عن الإمام أحمد أن المسح عزيمة[٧] –، والرخص لا تناط بالشك، فالرخصة متى توقفت على وجود شيء نظر في ذلك الشيء إن كان متيقناً فعلت معه الرخصة وإلا فلا[٨]، ولذلك جاءت القاعدة الفقهية المقررة بأن: "الرخص لا تناط بالشك"[٩]، ولعل العلة في عدم إناطة الرخص بالشك كونها مبنية على الاحتياط[١٠].

* * *

---

(١) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٢٨٦/١).

(٢) انظر: التلخيص (١٢٣).

(٣) (٢٦٦/١).

(٤) أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، فقيه أصولي، له مؤلفات منها: البحر المحيط، شرح جمع الجوامع والمنثور، إعلام الساجد بأحكام المساجد، توفي سنة ٧٩٤هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢٢٧/٣)، بهجة الناظرين (٧٦)، الأعلام (٦٠/٦).

(٥) انظر: (٤٦/٢).

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٤٣/١)، حاشية الخرشي (٣٢٨/١)، المجموع (٤٦٣/١)، الإنصاف (٣٧٨/١).

(٧) انظر: الإنصاف (٣٧٨/١).

(٨) انظر: حاشية الاعتناء في الفرق والاستثناء للبكري، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض (٨٨/١).

(٩) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٣٥/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٤/١).

(١٠) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٩٩).

المسألة الثانية: إذا شك المسافر هل ابتدأ المسح في الحضر أو في السفر[١].

هذه المسألة من حيث وجه دخولها في القاعدة، وسبب استثنائها عند من قال به مطابق للمسألة الأولى في وجه دخولها تحت القاعدة وسبب الاستثناء، وأبين في هذه المسألة حكمها:

حكم إذا شك المسافر هل ابتدأ المسح في الحضر أو في السفر.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إنه يمسح مسح مسافر، وهذا قول الحنفية[٢]، ورواية عن الإمام أحمد[٣].

القول الثاني: يمسح مسح مقيم يوماً وليلة، وهذا قول الشافعية[٤]، ورواية عن الإمام أحمد هي المذهب، وذكر الخلال[٥] أن الإمام رجع عن هذا القول إلى القول بمسح المسافر[٦].

أدلة القول الأول:

من السنة:

حديث علي ﷺ قال: (جعل النبي ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر، ويوماً وليلة

---

(١) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٣)، المجموع (١/٢٦٣)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/٨٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٩)، المنثور في القواعد (٢/٤٧)، قواعد الحصني (١/٢٨٠)، الاعتناء في الفرق والاستثناء (١/٢٣٣)، الأشباه للسيوطي (١/١٥١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢٣٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١/٩)، حاشية ابن عابدين (١/٤٦٨).

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة والإنصاف (١/٤٠٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/١٣٢)، مغني المحتاج (١/٢١٠).

(٥) أبو بكر أحمد بن محمد بن هارون بن زيد البغدادي، المعروف بالخلال، من أئمة الحنابلة، سمع عن جماعة من أصحاب الإمام أحمد، له مؤلفات منها: الجامع لعلوم الإمام أحمد، والعلل لأحمد بن حنبل، والسنة، وأخلاق أحمد، توفي سنة ٣١١هـ.
انظر: طبقات الحنابلة لأبي يعلى (٢/١٢)، الوافي بالوفيات (٢/٥٥).

(٦) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١/٤٠٣)، الإنصاف (١/٤٠٣).

للمقيم)، يعني: في المسح على الخفين[١].

وجه الدلالة:

إن الرسول ﷺ جعل للمسافر أن يمسح ثلاثة أيام ولياليهن، وهذا مسافر، و لم يفرق بين مسافر ومسافر[٢].

من المعقول:

١ - إنه سافر قبل انقضاء مدة المسح، أشبه من سافر بعد الحدث وقبل المسح[٣].

٢ - إن هذا الحكم متعلق بالوقت، فيعتبر فيه آخره[٤].

أدلة القول الثاني:

١ - إن المسح رخصة، فإذا لم يتيقن شرط الرخصة، رجع إلى أصل الفرض وهو الغسل[٥].

٢ - إن المسح عبادة تختلف بالحضر والسفر، فإذا وجد أحد طرفيها في الحضر، غلب حكمه، كالصلاة[٦].

الترجيح:

القول الأول هو القول الراجح - والله أعلم -، لأن المعتبر في العبادة وقت الأداء، فالصلاة إذا دخل وقتها وهو مقيم، ثم سافر صلى صلاة مسافر، ولأن الحديث عام في كل مسافر سواء مسح في حضر أو سفر.

* * *

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الطهارة، باب التوقيت في المسح على الخفين، رقم (٢٧٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٩/١).

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤٠٣/١).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (١٥٥/١).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٢١٠/١).

(٦) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤٠٣/١).

المسألة الثالثة: إذا وجد الشخص بللاً في ثيابه ولا يدري هل هو مني أو مذي؟ وجب الغسل[1].

المقصد الأول: حكم المسألة.

تحرير محل النزاع:

أجمع العلماء على أن النائم إذا احتلم، و لم يجد منياً فلا غسل عليه، قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن الرجل إذا رأى في منامه أنه احتلم أو جامع و لم يجد بللاً: أن لا غسل عليه»[2].

وأجمعوا على أن النائم إذا احتلم وخرج منه مني وجب عليه الغسل.

قال ابن قدامة: «فخروج المني الدافق بشهوة، يوجب الغسل من الرجل والمرأة في يقظة أو في نوم، وهو قول عامة الفقهاء»[3].

وأما إذا استيقظ من نومه ووجد بللاً وشك هل هو مني أو مذي؟ فإن الأئمة الأربعة اختلفوا في هذه المسألة على النحو التالي:

الحنفية: إن تذكر احتلاماً، وشك هل هو مني أو مذي، فعليه الغسل، وإن لم يتذكر احتلاماً، وشك فعند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن[4]، يجب الغسل للاحتياط، وعند أبي يوسف[5] لا يجب حتى يتذكر احتلاماً – للشك في الموجب، فلا يصبح جنباً

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٤٩/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٥٤/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٣)، غمز عيون البصائر (٢٣٧/١).

(٢) الإجماع (٦).

(٣) المغني (٢٦٦/١).

(٤) أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء، صحب الإمام أبا حنيفة وعنه أخذ الفقه، ونشر علمه. له مؤلفات منها: المبسوط، والزيادات، والجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير، توفي سنة ١٨٩هـ.
انظر: وفيات الأعيان (١٨٤/٤)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١٢٢/٣)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (٢٦٨).

(٥) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، القاضي صاحب أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، له مؤلفات منها: الخراج، والآثار، وأدب القاضي، توفي سنة ١٨٢هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٣٧٨/٦)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٦١١/٣)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (٣٧٢).

بالشك ـ[١].

المالكية: إن دار شك بين أمرين، أحدهما مني، كما إذا شك: أمذي أم مني؟، فإنه يجب عليه الغسل[٢].

الشافعية: اختلف أصحاب الشافعي، ولهم فيها أربعة أوجه، أرجحها وجهان:

الأول: إنه مخير بين أن يجعله منياً فيجب منه الغسل، وبين أن يجعله مذياً فيجب منه الوضوء، وهذا هو المشهور في المذهب، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي، وقالوا: لأنه إذا ما أتى بمقتضى أحدهما برئ منه يقيناً، والأصل براءته من الآخر، ولا معارض لهذا الأصل[٣].

الثاني: يلزمه العمل بمقتضى المني والمذي جميعاً، وهذا الوجه اختاره الشيرازي[٤]، ورجحه النووي[٥]، وقالوا: إن ذمته اشتغلت بطهارة، ولا يستبيح الصلاة إلا بطهارة متيقنة أو مظنونة أو مستصحبة، ولا يحصل ذلك إلا بفعل مقتضاهما جميعاً[٦].

الحنابلة: إن لم يتقدم نومه سبب من برد أو نظر أو فكر أو ملاعبة فإنه يجب عليه الغسل من باب الاحتياط في الخروج من عهدة الواجب، وإن تقدمه أحد هذه الأمور لم يجب الغسل لعدم يقين الحدث، والأصل بقاء الطهارة[٧].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول بوجوب الغسل؛ لحديث عائشة ﷺ أن النبي ﷺ

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٥٤/١)، حاشية ابن عابدين (٣٠٠/١).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٤٥٥/١)، حاشية الدسوقي (١٢١/١).

(٣) انظر: المجموع (١٤٩/٢)، مغني المحتاج (٧٠/١).

(٤) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، من فقهاء الشافعية، له مؤلفات منها: المهذب، واللمع وشرحه، والتبصرة، والمعونة، والتلخيص في الجدل، توفي سنة ٤٧٦هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٢٩/١)، طبقات الشافعية للإسنوي (٨٣/٢)، الأعلام (٥١/١).

(٥) انظر: المجموع (١٤٩/٢).

(٦) انظر: المجموع (١٤٩/٢)، ومغني المحتاج (٧٠/١).

(٧) انظر: المغني (٢٧٠/١)، وكشاف القناع (١٣٩/١، ١٤٠).

سئل عن الرجل يجد البلل ولا يذكر احتلاماً. قال: (يغتسل)[١]، ولأن خروج المني في النوم معتاد، أما إذا تقدم النوم سبب يقتضي خروج المذي فلا يجب الغسل.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

في هذه المسألة وقع الشك في البلل الحاصل هل هو مني فيجب منه الغسل أو مذي فلا يجب منه؟ فيؤخذ فيها باليقين وهو الطهارة من الحدث الأكبر؛ إذ هو متيقن قبل حصول البلل ويلغى ما عداه، لأنه مشكوك؛ واليقين لا يزول بالشك، وهذا وجه دخولها تحت القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

لم أقف على سبب الاستثناء عند من قال به، لكن الذي يظهر لي أن السبب في ذلك الاحتياط للعبادة، فإن القائلين بوجوب الغسل قالوا: بالاحتياط في هذه المسألة.

قال الكمال بن الهمام[٢]: «فعند أبي حنيفة ومحمد يجب الغسل؛ لأن النوم مظنة الاحتلام فيحال عليه، ثم يحتمل أنه مني رَقَّ بالهواء أو للغذاء فاعتبرناه منياً احتياطاً»[٣].

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة، باب في الرجل يجد البلة في منامه، رقم (٢٣٦)، والترمذي في كتاب الطهارة، باب ما جاء فيمن يستيقظ فيرى بللاً، ولا يذكر احتلاماً، رقم (١١٣)، وأحمد في مسنده، رقم (٢٦١٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الطهارة، باب الرجل يترل في منامه (١٦٧/١).
قال الترمذي: «وإنما روى هذا الحديث عبد الله بن عمر بن عبيد الله بن عمر عن عائشة، وعبد الله بن عمر ضعفه يحيى بن سعيد من قبل حفظه في الحديث»، وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (٢٣٦).

(٢) محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي الأسكندري، كمال الدين المعروف بابن الهمام، إمام من علماء الحنفية، له مؤلفات منها: شرح فتح القدير، والتحرير، توفي سنة ٨٦١هـ.
انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية (٢٦٩)، الأعلام (٢٥٥/٦)، معجم المؤلفين (٢٦٤/١٠).

(٣) شرح فتح القدير (٥٤/١).

وقال الشربيني[1] في مغني المحتاج: «قيل يلزمه العمل بمقتضى كل منهما احتياطاً قياساً على ما قالوه في الزكاة من وجوب الاحتياط بتزكية الأكثر ذهباً وفضة في الإناء المختلط منها إذا جهل قدر كل منهما»[2].

وقال البهوتي[3] في كشاف القناع: «وجب الغسل، كتيقنه منياً، وغسل ما أصابه من بدن وثوب احتياطاً»[4].

* * *

(١) محمد بن أحمد الشربيني، شمس الدين مفسر وفقيه شافعي، له مؤلفات منها: السراج المنير في التفسير، مغني المحتاج، الفتح الرباني في حل ألفاظ تعريف الزنجاني، مناسك الحج، توفي سنة ٩٧٧هـ.
انظر: الأعلام (٦/٦)، معجم المؤلفين (٨/٢٦٩).

(٢) (١/٧٠).

(٣) منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، شيخ الحنابلة بمصر في عصره، له مؤلفات منها: الروض المربع، كشاف القناع، دقائق أولي النهى، عمدة الطالب لنيل المآرب، توفي سنة ١٠٥١هـ.
انظر: السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة (٣/١١٣١)، الأعلام (٧/٣٠٧)، معجم المؤلفين (١٣/٢٢).

(٤) (١/١٣٩).

المسألة الرابعة: إذا تيمم ثم رأى شيئاً لا يدري: أسراب هو أم ماء؟ بطل تيممه وإن بان سراباً[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

اختلف العلماء في حكم هذه المسألة، وقبل بيان الخلاف أحرر محل التراع.

تحرير محل التراع:

أجمع العلماء على أن من تيمم ثم تيقن وجود الماء قبل الدخول في الصلاة بطل تيممه.

قال ابن المنذر: «أجمع عوام أهل العلم على أن من تيمم ثم وجد الماء قبل دخوله في الصلاة أن طهارته تنقض، وعليه أن يتطهر ويصلي»[٢].

وقال القرطبي[٣]: «أجمعوا على أن من تيمم، ثم وجد الماء قبل الدخول في الصلاة بطل تيممه، وعليه استعمال الماء»[٤].

وأما إذا تيمم ثم شك في وجود الماء، فقد اختلف الأئمة الأربعة فيها على قولين:

القول الأول: إن تيممه صحيح، وهذا قول الحنفية[٥]، واحتمال في مذهب الحنابلة[٦].

---

(١) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٣)، المجموع (٢٦٤/١)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٨٠/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢٩/١)، المنثور في القواعد (٤٨/٢)، قواعد الحصني (٢٨٠/١)، الاعتناء في الفرق والاستثناء (٢٣٣/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٥٢/١).

(٢) الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف (٦٥/٢).

(٣) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي، الأندلسي القرطبي المالكي، من كبار المفسرين، له مؤلفات منها: الجامع لأحكام القرآن، والأسنى في أسماء الله الحسنى، والتذكرة بأحوال الموتى وأمور الآخرة، والتذكار في فضل الأذكار، توفي سنة (٦٧١هـ).
انظر: الديباج المذهب (٣٠٨/٢)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (٢٨٢/١)، الأعلام (٢٣٩/٨).

(٤) الجامع لأحكام القرآن (١٥٢/٥).

(٥) انظر: المبسوط (١٢١/١)، البناية على الهداية (٥٤٨/١).

(٦) انظر: المغني (٣٥٠/١)، المبدع (٢٢٦/١).

القول الثاني: إن تيممه يبطل، وهذا قول المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

دليل القول الأول: إن التيمم طهارة متيقنة فلا تزول بالشك[٤].

دليل القول الثاني: إن حدوث الشك يوجب طلب الماء، وإذا وجب الطلب بطل التيمم[٥].

الترجيح:

القول الأول هو الراجح – والله أعلم –؛ لأن وجوب الطلب ليس بمبطل للتيمم، لأن كون الشيء مبطلاً إنما يثبت بدليل شرعي، وليس في هذا نص، ولا معنى النص، فيَنتفى الدليل[٦].

ثم القول الأول موافق لقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

في هذه المسألة حصل شك للمتيمم فيما رآه؛ بين أن يكون ماءً أو سراباً، وهذه المسألة تندرج تحت قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"؛ لحصول الشك بين هذين الأمرين، ولذا فإن قول الحنفية فيه طرح للشك وأخذ باليقين وهو طهارة التيمم، بينما نرى الجمهور أخذوا بالشك وهو احتمال وجود الماء، وعليه قالوا: ببطلان التيمم.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة كسابقاتها في اختلاف الشافعية في استثنائها من قاعدة "اليقين لا يزول بالشك".

---

(١) انظر: مواهب الجليل (٣٥٧/١)، حاشية الدسوقي (٣٥٣/١).

(٢) انظر: المجموع (٣٠٦/٢)، مغني المحتاج (١٠١/١).

(٣) انظر: المغني (٣٥٠/١)، الكافي (١٤٧/١).

(٤) انظر: المبسوط (١٢١/١)، المبدع (٢٢٦/١).

(٥) انظر: حاشية الخرشي (٣٥٣/١)، مغني المحتاج (١٠١/١)، شرح منتهى الإرادات (١٨٦/١).

(٦) انظر: المغني (٣٥٠/١).

فالقفال الشاشي، والعلائي[١]، والحصني لم يعتبروا المسألة مستثناة[٢].

قال القفال: «وليس فيها ترك يقين بشك، وإنما بطل التيمم برؤية السراب؛ لأنه توجه الطلب، وإذا توجه الطلب بطل التيمم»[٣].

وقال ابن القاص بالاستثناء[٤]، ووافقه النووي[٥]، والزركشي[٦].

ولم يذكر هؤلاء سبب الاستثناء، وإنما قال الزركشي في المنثور: «والأرجح مع ابن القاص فإن مجرد الوهم قد أعملناه في إبطال المتيقن وهو الطهارة، وسبب رجحان كلام ابن القاص فيما سبق نظراً إلى أن الأصل الموجود أسقطناه بالشك»[٧].

والذي يظهر لي أن سبب الاستثناء أمران:

الأول: النص فإن الله ﷻ قال: ﴿فلم تجدوا ماءً﴾[٨]، ولا يصدق عليه أنه لم يجد إلا بعد الطلب، فإذا طرأ الشك بوجود الماء وجب طلبه، وهذا رأي الجمهور كما سبق بيانه في المقصد الأول.

الثاني: إن التيمم بدل عن طهارة الماء، ولا يصح فعل البدل إلاَّ بالعجز عن المبدل، ولا يتحقق العجز إلا بعد البحث والطلب.

* * *

---

(١) أبو سعيد خليل بن كيكلدي بن عبد الله العلائي الدمشقي المقدسي، الشافعي، محدث فقيه أصولي، له مؤلفات منها: المجموع المذهب في قواعد المذهب، والأربعين في أعمال المتقين، ومنحة الرائض في الفرائض، توفي سنة ٧٦١هـ.

انظر: الوافي بالوفيات (١٣/٤١٠)، طبقات الشافعية الكبرى (١٠/٣٥)، الأعلام (٢/٣٢١).

(٢) انظر: المجموع (١/٢٦٥)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي(١/٨٢)، قواعد الحصني (١/٢٨٠).

(٣) المجموع (١/٢٦٥).

(٤) انظر: التلخيص (١٢٣).

(٥) انظر: المجموع (١/٢٦٥).

(٦) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٩٠).

(٧) المرجع السابق.

(٨) سورة النساء، الآية ٤٣.

المسألة الخامسة: من أصابته نجاسة في ثوبه أو بدنه، وجهل موضعها يلزمه غسله كله[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

من تيقن إصابة ثوبه أو بدنه بنجاسة وجهل موضعها، اختلف العلماء في حكمه على قولين:

القول الأول: إن خفي موضع النجاسة ولم يعلم جهتها من الثوب أو البدن غسله كله، وإن علم إصابتها لإحدى جهتيه وخفي عليه موضعها غسل ما تيقن إصابتها له.

وهذا قول الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: يجب غسل طرف منه، فإن غسله بتحرٍ أو بلا تحرٍ طَهُر، وهذا قول بعض الحنفية[٦].

أدلة القول الأول:

١ — إن الأصل بقاء النجاسة ما بقي جزء منه مما مسته من غير غسل[٧].

٢ — إن من تيقن المانع من الصلاة، لا تباح له الصلاة إلا بتيقن زواله، كمن تيقن الحدث وشك في الطهارة وكذلك هنا[٨].

---

(١) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٣)، المجموع (١/٢٦٤)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/٨٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٩)، المنثور في القواعد (٢/٤٧)، الاعتناء في الفرق والاستثناء للبكري (١/٢٣٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٥٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤)، القواعد الفقهية لعزام (٩٩)، علم القواعد الشرعية للخادمي (٢٠٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١/٨١)، شرح فتح القدير (١/١٩١).

(٣) انظر: حاشية الخرشي (١/٢١١)، حاشية الدسوقي (١/٧٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/٢٧٣)، نهاية المحتاج (١/١٨).

(٥) انظر: المغني (٢/٤٨٩)، شرح منتهى الإرادات (١/٢١١).

(٦) انظر: شرح فتح القدير (١/١٩٠).

(٧) انظر: نهاية المحتاج (١/١٨).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (١/٨١)، مواهب الجليل (١/٢٣١)، المغني (٢/٤٨٩).

دليل القول الثاني:

أن الأصل طهارة الثوب ولا يقضى بالنجاسة بالشك، وأما وقوع الشك في نجاسة جزء من الثوب فيحتمل زواله بغسل جزء منه[١].

الترجيح:

القول الأول هو القول الراجح – والله أعلم –، لأن إزالة النجاسة شرط لصحة الصلاة، فلا تصح إلا بتيقن إزالتها، ولا تتيقن عند خفاء موضعها إلا بغسل كل محل يحتمل إصابته بها، كما أن الشك في الإزالة بعد تيقن قيام النجاسة لا يرفع المتيقن قبله.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

في هذه المسألة وقع الشك في موضع النجاسة: فمثلاً إذا تيقنا أن النجاسة على اليد وشككنا على أي اليدين وقعت النجاسة؟.

فهنا تردد على حد سواء في محلين مع تحقق الإصابة، ولم يترجح لنا أيهما، لذا اعتبر الجمهور الشك في هذه المسألة، كما سبق بيانه في المقصد الأول.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" بعض الشافعية[٢]، وابن نجيم من الحنفية[٣] باعتبار أن إحدى اليدين غير متنجسة يقيناً، وقد طُرح اليقين وعُمل بالشك فوجب غسل اليدين[٤].

بينما ذهب بعض الشافعية إلى عدم اعتبار هذا استثناءً وإنما هو إعمال لأصل تحقق النجاسة وأنها لا تزال إلا بيقين[٥].

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (١/١٩٠، ١٩١.

(٢) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٣)، والمجموع (١/٢٦٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٩٤).

(٤) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٩٩).

(٥) انظر: المجموع (١/٢٦٤)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/٨٢)، المنثور في القواعد (٢/٤٧).

وسبب الاستثناء عند أصحاب القول الأول: قاعدة الاحتياط[1]، إذ إن الاحتياط في العبادة الأخذ بالعزائم التي يتيقن بها براءة الذمة، وأن على المكلف في الأمور المشتبهة أن يأخذ بالأحوط حتى يتيقن أنه أبرأ ذمته.

* * *

(١) انظر: علم القواعد الشرعية للخادمي (٢٠٢).

المسألة السادسة: إذا شكت المستحاضة المتحيرة في انقطاع الدم قبل الصلاة يلزمها الغسل[١].

المستحاضة: "هي المرأة التي ترى الدم من فرجها، في زمان لا يعد من الحيض ولا من النفاس مستغرقاً وقت صلاة في الابتداء، ولا يخلو وقت صلاة عنه في البقاء"[٢].

والمتحيرة: "هي التي تحيرت في حيضها بجهل العادة وعدم التمييز"[٣].

المقصد الأول:

اختلف العلماء في المستحاضة المتحيرة هل يلزمها الغسل عند كل صلاة؟ على قولين:

القول الأول: لا يجب على المستحاضة الغسل لشيء من الصلوات إلا مرة واحدة عند إدبار حيضها، وهذا قول الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، والحنابلة[٦]، وقول للشافعية[٧].

القول الثاني: يجب عليها الغسل لكل صلاة، وهذا قول للشافعية[٨].

أدلة القول الأول:

١ - حديث حمنة بنت جحش[٩] رضي الله عنها أنها شكت لرسول الله ﷺ استحاضتها

---

(١) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٣)، المجموع (٢٦٤/١)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٨٠/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢٩/١)، المنثور في القواعد (٤٧/٢)، قواعد الحصني (٢٨٠/١)، الاعتناء في الفرق والاستثناء للبكري (٢٣٣/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٥٢/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٣)، الفوائد الجنية للفاداني (٢٢٤).

(٢) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٢٧٦/٣).

(٣) كشاف القناع (٢٠٩/١).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (١٧٧/١)، حاشية بن عابدين (٤٨٠/١).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٥٤٣/١)، حاشية الخرشي (٣٨٥/١).

(٦) انظر: المغني (٤٠٢/١)، كشاف القناع (٢١٥/١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (١٧٣/١)، مغني المحتاج (١١٧/١).

(٨) انظر: المرجعين السابقين.

(٩) حمنة بنت جحش بن رئاب بن يعمر الأسدية، أخت أم المؤمنين زينب، كانت زوج مصعب بن عمير=

فقال لها: (تحيضي ستة أيام، أو سبعة أيام، في علم الله، ثم اغتسلي وصلي ثلاثاً وعشرين ليلة أو أربعاً وعشرين ليلة وأيامها، وصومي، فإن ذلك يجزئك، وكذلك فافعلي في كل شهر كما تحيض النساء وكما يطهرن)[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يأمرها بالغسل عند كل صلاة، وإنما أمرها بالغسل بعد أن تحيض ستة أيام أو سبعة أيام.

٢ – إن المتحيرة لها حيض لا تعلم قدره، فيرد إلى غالب عادات النساء كالمبتدأة[٢].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث عائشة رضي الله عنها، أن أم حبيبة[٣] رضي الله عنها استحيضت سبع سنين، فسألت النبي ﷺ (فأمرها أن تغتسل) فكانت تغتسل لكل صلاة[٤].

وجه الدلالة: أن أمر النبي ﷺ لها بالغسل دليل على وجوب الغسل عند كل صلاة، ولذا كانت رضي الله عنها تغتسل عند كل صلاة.

=فقتل عنها فتزوجها طلحة بن عبيد الله، كانت من المبايعات، شهدت أُحداً فكانت تسقي العطشى.

انظر: الإصابة في تمييز الصحابة (٣/٤٦٧)، تقريب التهذيب (٢/٦٣٦).

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة، باب من قال إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة، رقم (٢٨٧)، والترمذي في كتاب الطهارة، باب ما جاء في المستحاضة أنها تجمع بين الصلاتين بغسل واحد، رقم (١٢٨)، وابن ماجه في كتاب التيمم، باب ما جاء في البكر إذا ابتدئت مستحاضة أو كان لها أيام حيض فنسيتها، رقم (٦٢٧)، وأحمد في مسنده، رقم (٢٧١٤٤)، والدار قطني، كتاب الحيض، رقم (٨٣٤)، قال الترمذي: «حديث حسن صحيح»، وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (٢٨٧).

(٢) انظر: المغني (١/٤٠٤).

(٣) أم حبيب حبيبة بنت جحش الأسدية أخت زينب أم المؤمنين وحمنة، قال ابن سعد: «بعض أصحاب الحديث يقلب أسمها فيقول أم حبيبة وهي أم حبيب وأسمها حبيبة»، كانت زوج عبد الرحمن بن عوف، رضي الله عنهما جميعاً.

انظر: الطبقات الكبرى (٨/٢٤٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (٨/٤٨)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب (٢/١٢٥).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الحيض، باب عرق الاستحاضة، رقم (٣٢٧)، واللفظ له، ومسلم في كتاب الحيض، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها، رقم (٣٣٤).

مناقشة الاستدلال:

أمره ﷺ أم حبيبة بالغسل لكل صلاة، إنما هو من باب الندب، كأمره لحمنة، فإن أم حبيبة كانت معتادة ردها إلى عادتها، وهي التي استفتت لها أم سلمة[١]، على أن حديث أم حبيبة إنما روي عن الزهري[٢]، وأنكره الليث بن سعد[٣]، فقال: لم يذكر ابن شهاب أن رسول الله ﷺ أمر أم حبيبة أن تغتسل لكل صلاة، ولكنه شيء فعلته هي[٤].

الدليل الثاني: إن المستحاضة إذا لم تكن مميزة فجميع زمانها مشكوك فيه، فوجب الاحتياط وهو الغسل لكل صلاة[٥].

مناقشة الدليل: إن إيجاب الاحتياط على المستحاضة المتحيرة مخالف لما جاءت به السنة، كما في حديث حمنة بنت جحش لما أمرها النبي ﷺ أن تغتسل بعد الحيض، فوجب ترك الاحتياط لمعارضته حكم الشرع.

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لقوة دليله، ولأن في القول الثاني إلزاماً وحرجاً شديداً، والشك لا يقتضي تحريماً ولا إيجاباً إذ لا حكم له وليس بمعتبر.

---

(١) أم سلمة هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمرو بن مخزوم القرشية المخزومية، أم المؤمنين، وكانت ممن أسلم قديماً هي وزوجها أبو سلمة، وهاجرا إلى الحبشة، تزوجها النبي ﷺ بعد موت أبي سلمة، سنة أربع من الهجرة، توفيت سنة (٥٩هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٢٠١)، الإصابة في تمييز الصحابة (٨/٢٤٠).

(٢) أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب بن الحارث بن زهرة القرشي الزهري، أحد المحدثين والفقهاء بالمدينة، حافظ زمانه، رأى عشرة من الصحابة ﷺ، توفي سنة ١٢٤هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٤/١٧٧)، سير أعلام النبلاء (٥/٣٢٦)، الوافي بالوفيات (٥/٢٤).

(٣) أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي بالولاء الأصبهاني الأصل، إمام أهل مصر في عصره، قال الشافعي: «الليث أفقه من مالك، إلا أن أصحابه لم يقوموا به»، توفي سنة ١٧٥هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٤/١٢٧)، سير أعلام النبلاء (٨/١٣٦).

(٤) انظر: المغني (١/٤٠٤).

(٥) انظر: مغني المحتاج (١/١١٨).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

هذه المسألة اعتبرها بعض الشافعية من مسائل الشك باعتبار أن انقطاع الدم مشكوك فيه.

قال الشربيني: «ويسمى محتمل الانقطاع طهراً مشكوكاً فيه، والذي لا يحتمله حيضاً مشكوكاً فيه»[١].

فاليقين أن الدم لم ينقطع قبل كل غسل، وانقطاع دم الحيض قبل كل غسل مشكوك فيه، وعلى قول الشافعية بوجوب تكرار الغسل عليها فيه أخذ بالشك وطرح لليقين.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة إحدى المسائل التي اختلف بعض الشافعية في استثنائها من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".

فالقفال الشاشي والحصني وغيرهما قالوا: بعدم الاستثناء[٢]، قال القفال: «وأما الخامسة: فحكمها صحيح، لكن ليس ترك أصل بشك، بل لأن الأصل وجوب الصلاة عليها، فإذا شكت في انقطاع الدم فصلت بلا غسل لم تستيقن البراءة من الصلاة»[٣]، ثم قال النووي: «وفي هذا الذي قاله القفال نظر، والظاهر قول أبي العباس»[٤].

وقال بالاستثناء بعض الشافعية كابن القاص والنووي[٥]، وابن نجيم من الحنفية[٦].

وسبب الاستثناء الأخذ بالاحتياط، قال في مغني المحتاج: «وإن احْتَمَل انقطاعاً، وجب الغسل لكل فرض للاحتياط»[٧].

---

(١) مغني المحتاج (١/١١٨).

(٢) انظر: قواعد الحصني (١/٢٨٣).

(٣) المجموع (١/٢٦٥).

(٤) المجموع (١/٢٦٥).

(٥) انظر: التلخيص (١٢٣)، المجموع (١/٢٦٤).

(٦) الأشباه والنظائر (٩٣).

(٧) مغني المحتاج (١/١١٨).

وقد عدَّ العز بن عبد السلام[١]: هذه المسألة من أمثلة الاحتياط لتحصيل مصلحة الواجب فقال: «المثال التاسع: وجوب الغسل لكل صلاة على المتحيرة لتبرأ عما عليها بيقين، لأنها إن كانت حائضاً فلا طهارة عليها، وإن كانت قد طهرت من الحيض فوظيفتها الغسل وقد أتت به»[٢].

ورجحان القول بعدم وجوب الغسل لكل صلاة يدل على ضعف القول بالاستثناء، إذ إن السنة قد دلت على عدم وجوب الغسل لكل صلاة كما في حديث حمنة بنت جحش، رضي الله عنها، والشريعة ليس فيها شك مستمر يحكم به الرسول ﷺ وأمته، ومن جعل دم الاستحاضة مشكوكاً فيه جعل ذلك حكم الشرع مع أن النبي ﷺ قد بين اليقين فيها.

* * *

(١) عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي، له مؤلفات منها: التفسير الكبير، والإلمام في أدلة الأحكام، وقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، والإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، توفي سنة ٦٦٠هـ.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١١٨٣/٨)، طبقات الشافعية للإسنوي (١٩٧/١).

(٢) قواعد الأحكام (٢١/٢).

المسألة السابعة: إذا كبَّر المسافر بنية القصر خلف من لا يدري، أمسافر هو أم مقيم؟[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يلزم المسافر أن يتم صلاته، وهذا قول الجمهور من الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

القول الثاني: إن الصلاة باطلة، وهو قول المالكية[٥].

أدلة القول الأول:

١ – إن الأصل هو الإتمام، والقصر أجيز بشروط، فإذا لم تتحقق الشروط رجع إلى الأصل[٦].

٢ – عدم الجزم بكون إمامه مسافراً عند الإحرام يقتضي عدم الجزم بنية القصر حين الشروع في الصلاة[٧].

دليل القول الثاني:

علل المالكية: بأن اختلاف نية المأموم مع إمامه يوجب بطلان الصلاة[٨].

---

(١) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٣)، المجموع (١/٢٦٤)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/٨٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٩)، المنثور في القواعد (٢/٤٧)، قواعد الحصني (١/٢٨٠)، الاعتناء في الفرق والاستثناء (١/٢٣٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٥١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤).

(٣) انظر: الأم (١/١٦١)، روضة الطالبين (١/٣٩٢).

(٤) انظر: المبدع (٢/١١١)، كشاف القناع (١/٥١٠).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٢/٥٠٧)، حاشية الخرشي (٢/٢٢٣).

(٦) انظر: المجموع (٤/١٦٤).

(٧) انظر: حاشية الروض المربع (٢/٣٨٨).

(٨) انظر: مواهب الجليل (٢/٥٠٧).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول؛ لأنه ليس للمأموم قصر الصلاة مع الشك في وجوب إتمامها، فلزمه الإتمام اعتباراً بالنية.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدري: أمسافر هو أم مقيم؟ فهنا شك في حال الإمام بين السفر والإقامة و لم يترجح عنده أحدهما، مع وجوب متابعة المأموم للإمام، لحديث أنس ﷺ أن النبي ﷺ قال: (إنما جعل الإمام ليؤتم به)[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة من المسائل التي استثناها ابن القاص، ووافقه النووي والزركشي، وخالف فيها القفال والحصني كما سبق بيانه في المسألة الأولى[٢].

ووجه الاستثناء أن القصر رخصة، والرخص لابد فيها من اليقين[٣]، ولذا جاءت القاعدة المقررة بأن: "الرخص لا تناط بالشك"[٤].

فقد عمل بالشك وكان له أثر في صلاته حيث أتمها لمقتضى شك المأموم في حال الإمام.

وأما من لم يقل بالاستثناء فإنه يرى أن هذا ليس من باب ترك يقين بشك، وإنما لأن القصر رخصة بشرط، فإذا لم يتحقق رجع إلى الأصل وهو الإتمام[٥].

والقول بالاستثناء هو الأظهر، لأن الرخص لا تناط بالشك.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب إنما جعل الإمام ليؤتم به، رقم (٦٨٩)، ومسلم في كتاب الصلاة، باب ائتمام المأموم بالإمام، رقم (٤١١).

(٢) انظر: ص (١٠١).

(٣) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة (٤٣/١).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٥/١)، إيضاح القواعد للحجي (١٢٦).

(٥) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٨٢/١).

المسألة الثامنة: إذا شك المسافر هل نوى الإقامة أو لا؟ لا يجوز له الترخص[١].

هذه المسألة من المسائل التي استثناها بعض الشافعية، من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، كما سبق بيانه في المسألة الأولى من هذا البحث[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة.

إن نية الإقامة لها تأثير على أحكام السفر، ويختلف الحكم بحسب العزم على الإقامة وعدمه، وبحسب اليقين في الإقامة والشك فيها.

وقبل بيان الحكم في حال الشك، أبين الحكم في حالة نية الإقامة وعدمها.

أولاً: عدم نية الإقامة:

إذا لم ينو المسافر الإقامة فإنه يشرع له القصر أبداً عند الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والحنابلة[٥]، وقول للشافعي[٦].

قال ابن قدامة: «أجمع أهل العلم على أنه للمسافر أن يقصر ما لم يجمع إقامة، وإن أتى عليه سنوات»[٧].

وذهب الإمام الشافعي في قول إلى أن من لم يعزم على إقامة لا يقصر إلا سبعة عشر يوماً أو ثمانية عشر أو تسعة عشر[٨].

---

(١) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٣)، المجموع (٢٦٤/١)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٨٠/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢٩/١)، المنثور في القواعد (٤٧/٢)، قواعد الحصني (٢٨٠/١)، الاعتناء في الفرق والاستثناء (٢٣٣/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٥٢/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤)، غمز عيون البصائر (٢٣٨/١).

(٢) انظر: ص (١٠١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٩٧/١)، مجمع الأنهر (١٦٢/١).

(٤) انظر: حاشية الخرشي (٢٢٠/٢)، حاشية الدسوقي (٥٧٩/١).

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٧٥/٥)، كشاف القناع (٥١٣/١٤).

(٦) انظر: المجموع (٢٣٩/٤)، أسنى المطالب (٢٣٦/١).

(٧) المغني (١٥٣/٣).

(٨) انظر: المجموع (٢٣٩/١).

ثانياً: نية الإقامة:

ذهب الأئمة الأربعة إلى أن نية الإقامة لها تأثير على أحكام السفر، إلا أنهم اختلفوا في تحديد مدة الإقامة التي يكون فيها مسافراً أو مقيماً.

ذهب الحنفية إلى أن المسافر إذا نوى الإقامة خمسة عشر يوماً في مكان واحد صالح للإقامة لزمه الإتمام، وإن نوى دون ذلك قصر[١].

وذهب الأئمة مالك[٢]، والشافعي[٣]، وأحمد في أحد أقواله[٤]، إلى أن المسافر إذا نوى إقامة أربعة أيام صار مقيماً، وإن نوى دونها قصر، مع اختلاف بينهم في احتساب يوم الدخول والخروج.

وفي قول للإمام أحمد: إذا نوى الإقامة في بلد أكثر من إحدى وعشرين صلاة أتم، وإن نوى أقل من هذه المدة قصر[٥].

بينما نجد أن بعض العلماء ذهب إلى عدم النظر إلى نية المسافر في الإقامة، فتحديد المدة لا قيمة له، ما دام شرط السفر قائما، وهو رأي شيخ الإسلام ابن تيمية[٦][٧].

ثالثاً: مسألة إذا شك المسافر أنوى الإقامة أم لا؟

اختلف العلماء في حكم هذه المسألة على قولين:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١/٩٧)، حاشية ابن عابدين (٢/٦٠٦).

(٢) انظر: الفواكه الدوائي (١/٣٠٠)، حاشية الدسوقي (١/٥٧٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٣٨٤)، مغني المحتاج (١/٢٦٤).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٥/٦٩)، كشاف القناع (١٠/٥١٣).

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٥/٦٩).

(٦) أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم السنميري الحراني الدمشقي الحنبلي، تقي الدين وشيخ الإسلام، له مؤلفات كثيرة منها: الإيمان، درء تعارض العقل والنقل، منهاج السنة، الفرق بين أولياء الله وأولياء الشيطان، اقتضاء الصراط المستقيم، العقيدة الواسطية، الفتاوى وغيرها. توفي سنة ٧٢٨هـ.

انظر: الوافي بالوفيات (٧/١٥)، الذيل على طبقات الحنابلة (٢/٣٨٧).

(٧) انظر: الاختيارات الفقهية (٧٢).

القول الأول: إذا شك المسافر في نية الإقامة فإنه يتم الصلاة، وهذا قول الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

القول الثاني: إن الشك في نية الإقامة لا يقطع القصر، وهو قول المالكية[٤].

أدلة القول الأول:

١ – أن الإتمام هو الأصل، فلا ينتقل عنه مع الشك في مبيح الرخصة[٥].

٢ – القياس على الشك في بقاء مدة المسح فإنه لا يمسح[٦].

أما القول الثاني: فلم أقف على دليل لهم، وقد يكون مبنياً على قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – هو القول الأول؛ لأن القصر رخصة[٧]، والرخص لا تناط بالشك.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

في هذه المسألة شك المسافر هل نوى الإقامة أو لم ينو، فهنا تردد في نية الإقامة، وقد طرح اليقين الذي هو السفر وأخذ بالشك وهو نية الإقامة، وترتب عليه وجوب إتمام الصلاة[٨].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤)، الفتاوى الهندية (١٣١/١).

(٢) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز (٢٣٥/٢)، مغني المحتاج (٢٧١/١).

(٣) انظر: كشاف القناع (٥١٣/١)، مطالب أولي النهى (٧٢٦/١).

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣٣٥/١)، الفواكه الدواني (٣٠٠/١).

(٥) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٢٣٥/٢)، كشاف القناع (٥١٣/١).

(٦) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٢٣٥/٢).

(٧) على مذهب الجمهور: المالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة، أما الحنفية ورواية عند الحنابلة أن القصر عزيمة.
انظر: بدائع الصنائع (٩١/١)، بداية المجتهد (٢٩٢/١)، المجموع (١٩٨/٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥٠/٥ – ٥١).

(٨) انظر: المجموع (٢٦٥/١).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة خالف في استثنائها العلائي[١]، والحصني[٢]، من الشافعية.

وعللوا: أن الأصل الإتمام، والقصر رخصة مشروطة بشرط، فما لم يتحقق الشرط، لا يجوز الترخص، كما في ماسح الخف[٣].

وأما من قال بالاستثناء كابن القاص[٤]، والنووي[٥] وغيرهما من فقهاء الشافعية، وابن نجيم من الحنفية[٦]، فإن سبب الاستثناء قاعدة: الرخص لا تناط بالشك، إذ إن القصر رخصة، وبالشك في نية الإقامة يمتنع القصر ويجب الإتمام[٧].

* * *

(١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب (١/٨١، ٨٢).

(٢) انظر: القواعد (١/٢٨٢).

(٣) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/٨٢)، قواعد الحصني (١/٢٨٢).

(٤) انظر: التلخيص (١٢٣).

(٥) انظر: المجموع (١/٢٦٥).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٩٤).

(٧) انظر: المنثور (٢/٤٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤)، القواعد الفقهية لعزام (٨٧).

المسألة التاسعة: إذا شك مسافر، أَوَصَلَ عامر بلده أم لا؟ لا يجوز له الترخص[١].

هذه المسألة مشابهة للمسألة التي قبلها في ورود الشك في بقاء سبب القصر وهو السفر، فإذا شك المسافر في نية الإقامة، أو شك في وصوله إلى بلده، فكلاهما شك في انقطاع السفر، ولذا جمعهما الزركشي في المنثور وقال: «السابعة والثامنة: شك مسافر أَوَصَلَ بلده أم لا، أو نوى الإقامة أم لا، لم يترخص مع أن الأصل بقاء السفر وعدم وصوله»[٢].

وهذه المسألة صرح بحكمها الحنفية[٣]، والشافعية[٤]، بوجوب الإتمام، ولم أقف على قول للمالكية والحنابلة.

ولتوافق هذه المسألة مع التي قبلها في الحكم وفي سبب الاستثناء أقتصر على ما سبق بيانه في المسألة السابقة[٥].

* * *

---

(١) انظر: التلخيص لابن القاص (١٢٣)، المجموع (١/٢٦٤)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/٨٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٩)، المنثور في القواعد (٢/٤٧)، قواعد الحصني (١/٢٨١)، الاعتناء في الفرق والاستثناء (١/٢٣٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٥٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤)، غمز عيون البصائر (١/٢٣٨).

(٢) (٢/٢٨٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤).

(٤) المجموع (٤/٢٠٧)، مغني المحتاج (١/٢٧١).

(٥) انظر: ص (١٢١).

المسألة العاشرة: إذا شك الناس في انقضاء وقت الجمعة، فإنهم لا يصلون الجمعة[١].

هذه المسألة استثناها إمام الحرمين الجويني[٢]، والغزالي، من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا شك الناس في خروج وقت الجمعة قبل أن يدخلوا فيها، اختلف العلماء فيها على قولين:

القول الأول: أن من شك في خروج وقت الجمعة يصليها جمعة، وهذا قول الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، والحنابلة[٦].

القول الثاني: أنهم لا يصلون جمعة، وإنما يصلون ظهراً، وهذا قول الشافعية[٧].

---

(١) انظر: المجموع (٢٦٦/١)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٨١/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٠/١)، المنثور في القواعد (٤٨/٢)، الاعتناء في الفرق والاستثناء (٢٣٤/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٥٣/١).

(٢) أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، من أئمة الشافعية، له مؤلفات منها: البرهان، والتلخيص مختصر التقريب، والإرشاد في أصول الفقه، والورقات، توفي سنة ٤٧٨هـ.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٦٥/٥)، طبقات الشافعية للإسنوي (٤٠٩/١).

(٣) انظر: نهاية المطلب (١٤٠/١)، الوسيط في المذهب (٣٢٦/١).

(٤) قول الحنفية هنا سواء نوى الجمعة أو فرض الوقت [بناء على قولهم أن فرض الوقت الظهر لا الجمعة]، قال في البناية على الهداية (١٦١/٢): «وإن شك في خروجه فنوى فرض الوقت جاز».
انظر: حاشية ابن عابدين (١٠٠/٢).

(٥) بناء على قولهم: «إذا شك في خروج الوقت فينوي الأداء»، وإلا فإن وقت الجمعة عند المالكية يمتد إلى الغروب في قول، وفي قول إلى ما يدرك فيه ركعة من العصر قبل الغروب.
انظر: حاشية العدوي على حاشية الخرشي (٤٠٧/١)، حاشية الدسوقي (١٦٧/١).

(٦) انظر: الإقناع (٢٩١/١)، كشاف القناع (٢٧/٢).

(٧) انظر: المجموع (٣٧٧/٤)، أسنى المطالب (٥٨/١).

دليل القول الأول: أن الأصل بقاء الوقت[١].

دليل القول الثاني: أن الوقت شرط ولم يتحقق، فلا يجوز الدخول مع الشك في الشرط[٢].

الترجيح:

القول الأول هو الراجح – والله أعلم –؛ لأن الأصل بقاء الوقت ولا يحكم بخروجه إلا بيقين.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

في هذه المسألة حصل شك في بقاء وقت الجمعة، إذ إن الأصل بقاء الوقت، والشك حصل في خروجه، فالجمهور أخذوا بالأصل وهو بقاء الوقت، واليقين لا يزول بالشك، بينما الشافعية أخذوا بالشك وهو خروج الوقت ولم يستصحبوا الأصل.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

ذكر بعض الشافعية السبب في حالة ما إذا شك المسافرون في خروج وقت الجمعة، «قال القاضي حسين[٣]: ولا يرفع اليقين بالشك إلا في أربع مسائل:

إحداها: الشك في خروج وقت الجمعة فيصلون ظهراً، ...؛ لأن هذه رخص[٤] ولابد فيها من اليقين، وحينئذ فكل رخصة كذلك...»[٥].

---

(١) انظر: كشاف القناع (٢/٢٧).

(٢) انظر: المجموع (٤/٣٧٧، ٣٧٨).

(٣) أبو علي الحسين بن محمد بن أحمد المروروذي، كان فقيه خرسان ومن كبار فقهاء الشافعية، له مؤلفات منها: التعليقة، والفتاوى، وشرح تلخيص ابن القاص، توفي سنة ٤٦٢هـ.

انظر: وفيات الأعيان (٢/١٣٤)، طبقات الشافعية الكبرى (٤/٣٥٦)، طبقات الشافعية للإسنوي (١/٤٠٧).

(٤) إشارة إلى الشك في بقاء المسح ووصول المسافر مقصده والشك في نية الإتمام.

(٥) حاشية الجمل (١/٨٠).

وقد ذكر النووي من أقسام الرخص: رخصة تركها أفضل، ومنها إتيان الجمعة والجماعة لمن سقطت عنه بعذر السفر[١].

وأما في حال الإقامة فعللوا: "إن من شروط صحة إقامة الجمعة الوقت، ولم يتحقق بقاؤه، فلم يجز الدخول في الجمعة مع الشك"[٢]. قال الغزالي: «إن الناس لو شكوا في انقضاء وقت الجمعة: صلُّوا الظهر، وإن كان الأصل بقاء الوقت. وعلته: أن الأصل وجوب الأربع فلا يعدل إلى الجمعة إلا بيقين»[٣].

* * *

(١) انظر: المجموع (١٩٨/٤).

(٢) انظر: المرجع السابق (٣٧٧/٤، ٣٧٨).

(٣) الوسيط في المذهب (٣٢٦/١).

المبحث الثاني

المستثنيات من القواعد المندرجة تحت قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"

يندرج تحت قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، ثمان قواعد، وبعض هذه القواعد لها مستثنيات، ذكرها بعض الشافعية، وبعض الحنفية في كتب القواعد يأتي بيانها في المطالب التالية:

- **المطلب الأول: المستثنيات من قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان".**
- **المطلب الثاني: المستثنيات من قاعدة: "من شك هل فعل شيئاً، أو لا؟ فالأصل أنه لم يفعله".**
- **المطلب الثالث: المستثنيات من قاعدة: "الأصل العدم".**
- **المطلب الرابع: المستثنيات من قاعدة: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن".**

* * *

المطلب الأول

المستثنيات من قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"

هذه القاعدة تفيد أن ما كان محكوماً له بحكم فيما مضى يبقى على ذلك، مـــا لم يرد دليل شرعي آخر يدل على تغير ذلك الحكم، إلا أن هذا الحكم قد يخرج عنه مسائل لأصل آخر أو ضرورة أو غير ذلك من الأسباب.

وقد أُستثني من هذه القاعدة مسألتان:

المسألة الأولى: إذا ادعى المُودَع هلاك الوديعة أو ردها، فالقول قول المُودَع.

المسألة الثانية: إذا ادعت المرأة مضي عدتها في مدة تحتمل انقضاء العـــدة فيهـــا، فالقول قولها.

* * *

المسألة الأولى: إذا ادعى المُودَع هلاك الوديعة أو ردها، فالقول قول المُودَع(١).

المقصد الأول: حكم المسألة:

أبين حكم هذه المسألة في حالة إدعاء الهلاك، وفي حالة إدعاء الرد.

الحالة الأولى: إذا ادعى الهلاك.

إذا ادعى المُودَع تلف الوديعة فالقول قول المُودَع بغير خلاف.

قال ابن المنذر: «أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المُودَع إذا أحرز الوديعة، ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله مع يمينه»(٢).

لكن اختلفوا في إقامة البينة على قولين:

فقالت الحنفية(٣)، والمالكية(٤): أن القول قول المُودَع سواء قبضها ببينة أو بغير بينة، وسواء أقام بينة أم لم يقم بينة.

بينما فصل الشافعية(٥)، والحنابلة(٦) في المسألة، فقالوا: إذا ادعى تلف الوديعة بسبب ظاهر – كحريق وغرق – لم يقبل قوله حتى يقيم البينة على وجود ذلك السبب، فإن لم يقم ببينة ضمن، أما إذا ادعى الهلاك بسبب خفي – كسرقة وضياع – فالقول قوله في هلاكه مع يمينه، لتعذر إقامة البينة على ذلك.

دليل القول الأول:

أن المالك يدعي على الأمين أمراً عارضاً، وهو التعدي، والمُودَع مستصحب لحال

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢١/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٩٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٧٧)، القواعد الفقهية لعزام (١٠٤)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٤٦)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١٦٠/١).

(٢) الإجماع (٦٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢١١/٦)، تبيين الحقائق (٣٣/٣).

(٤) انظر: حاشية الخرشي (٤٨٧/٦)، منح الجليل (٣٣٣/٤).

(٥) انظر: المجموع (٢٣٩/١٣)، مغني المحتاج (٩١/٣).

(٦) انظر: كشاف القناع (١٧٩/٤)، شرح منتهى الإرادات (٢٤٨/٤).

الأمانة، فكان متمسكاً بالأصل، فكان القول قوله مع اليمين، لأن التهمة قائمة فيستحلف دفعاً للتهمة[١].

أدلة القول الثاني:

١ – أن السبب إذا كان خفياً يتعذر إقامة البينة على ذلك، فلو لم يقبل قوله لامتنع الناس عن قبول الأمانات مع مسيس الحاجة إليها[٢].

٢ – أن السبب إذا كان ظاهراً فإنه لا يتعذر إقامة البينة عليه والأصل عدمه[٣].

الترجيح:

القول الأول – والله أعلم – هو الراجح؛ لأن الأصل في المُودَع الأمانة، فكان القول قوله مع اليمين بلا بينة، إذ إن طلب البينة يخالف القول بأمانته.

الحالة الثانية: إذا ادعى الرد.

أما الحكم فيما إذا ادعى المُودَع رد الوديعة، فالعلماء اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إذا ادعى المُودَع رد الوديعة إلى من ائتمنه، فالقول قول المُودَع مع يمينه سواء قبضها ببينة أو لا، وهذا قول الحنفية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

القول الثاني: أن الوديعة إذا قبضها ببينة فلا يقبل قوله في ردها إلا ببينة، وإن قبضها بغير بينة فالقول قوله مع اليمين، وهذا قول المالكية[٧].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢١١/٦)، حاشية الخرشي (٤٨٧/٦).

(٢) انظر: كشاف القناع (١٧٩/٤).

(٣) انظر: المجموع (٢٣٩/١٣)، كشاف القناع (١٧٩/٤).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢١١/٦)، تبيين الحقائق (٢٩١/٤).

(٥) انظر: أسنى المطالب (٨٥/٣)، مغني المحتاج (٩١/٣).

(٦) انظر: المغني (٢٧٣/٩)، كشاف القناع (١٧٩/٤).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٢٨٩/٧)، شرح الزرقاني (١٢٣/٦).

دليل القول الأول: "أن المُودَع أمين لا منفعة له في قبضها، فقبل قوله في الرد بغير بينة، كما لو أودع بغير بينة"(١).

دليل القول الثاني: "أنه لما أشهد عليه وتوثق منه، جعله أميناً في الحفظ دون الرد، فإذا ادعى ردها، فقد ادعى براءته مما ليس بمؤتمن فيه، فلم يقبل منه إلا ببينة، ولأن هذه فائدة الإشهاد عليه، فإذا أزلناه لم يبق له فائدة"(٢).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن المُودَع أمين يصدق في التلف، فكذلك في الرد، ولأنه أخذ العين لمنفعة المالك، فلا يطالب بالبينة على الرد ويكتفى باليمين، وتفريق المالكية لا دليل عليه كما ذكر ذلك ابن حزم(٣) في المحلى(٤).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا ادعى المُودَع هلاك الوديعة أو ردها، والمالك ينكر، فالقول للمودَع، مع أن الأصل بقاؤها عنده، مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب "الأصل بقاء ما كان على ما كان" أن يعد الأمين مكلفاً بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المُودَع(٥)، وبمقتضاها يكون القول قول المالك، لكن استثنيت من القاعدة لسبب يأتي بيانه في المقصد التالي.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢٩١/٤)، المجموع (٢٣٨/١٣)، المغني (٢٧٣/٩).

(٢) الإشراف على مسائل الخلاف (٤١/٢).

(٣) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، كان شافعي المذهب ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، له مؤلفات منها: المحلى، والفصل في الملل والأهواء والنحل، وجمهرة الأنساب، والناسخ والمنسوخ، توفي سنة ٤٥٦هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٣٢٥/٣)، الأعلام (٢٥٤/٤)، معجم المؤلفين (١٦/٧).

(٤) انظر: (١٦٧/٩).

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢١/١).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها علي حيدر[١]، والزرقاء[٢]، من قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"[٣]، وسبب الاستثناء قاعدة: "الأصل براءة الذمة"، وذلك أن المُودَع يدعي براءة الذمة من الضمان، والمودِع يدعي انشغال ذمته، وذلك خلاف الأصل: لأن الأصل براءة الذمة[٤].

* * *

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢١/١).

(٢) أحمد بن محمد الزرقاء، فقيه حنفي، كان والده فقيهاً مبرزاً، فأخذ عنه العلم وتصدر للتدريس في آخر حياته، له شرح قواعد مجلة الأحكام العدلية، توفي سنة ١٣٥٧هـ.
انظر: مقدمة كتاب شرح القواعد الفقهية (١٣ — ٢٤).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية (٩٣).

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢١/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٩٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٧٨)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٤٦).

المسألة الثانية: إذا ادعت المرأة مضي عدتها في مدة تحتمل انقضاء العدة فيها، فالقول قولها[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اتفق الأئمة الأربعة على أن الزوجة إذا ادعت انقضاء عدتها، في مدة يمكن انقضاؤها فيها، قبل قولها[٢].

قال الكاساني[٣]: «فإن أخبرت بانقضاء عدتها في مدة تنقضي في مثلها العدة يقبل قولها، وإن أخبرت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة لا يقبل قولها إلا إذا فسرت ذلك...»[٤].

وقال ابن قدامة: «وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاؤها فيها، قبل قولها»[٥].

واستدلوا بأدلة منها:

١ - قول الله تعالى: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾[٦].

وجه الاستدلال: ما خلق الله: هو الحيض والحمل، ولولا أن قولهن مقبول، لم يحرجن بكتمانه[٧].

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر (٢٠١/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٩٣)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية لزيدان (٤٣)، القواعد الفقهية لعزام (١٠٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٩٨/٣)، شرح فتح القدير (٣٣١/٤)، مواهب الجليل (١٠٤/٤)، حاشية الخرشي (٥٦١/٤)، روضة الطالبين (١٩٥/٦)، مغني المحتاج (٩/٥)، المغني (٥٦٣/١٠)، كشاف القناع (٣٤٦/٥).

(٣) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، فقيه حنفي، له مؤلفات منها: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، والسلطان المبين في أصول الدين، توفي سنة ٥٨٧هـ.
انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢٨/٤)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (٩١).

(٤) بدائع الصنائع (١٩٨/٣).

(٥) المغني (٥٦٣/١٠).

(٦) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٧) انظر: المغني (٥٦٣).

٢ – أن هذا لا يعرف إلا من جهتها فصدقت عند الإمكان[١].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إن إدعاء المرأة مضي عدها مخالف للأصل، إذ إن الأصل بقاء العدة، وبحسب قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان" لا يقبل قول المرأة في انقضاء العدة، إلاّ أن هذه المسألة استثنيت، وقبل قول المرأة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزرقاء من قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"[٢]، وذلك أن قبول قول المرأة في مضي العدة من الأمور التي لا تعلم إلا عن طريقها كما سبق بيانه في المقصد الأول[٣]، قال الزرقاء: «صدقت بيمينها مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجودها، وذلك لأن مضي العدة من الأمور التي لا تعلم إلا منها، فإذا لم يقبل قولها في مضيها لا يمكن ثبوت مضيها أصلاً، فقبل في ذلك ضرورة»[٤].

فإذاً سبب الاستثناء هو الضرورة[٥]، إذ إن الضرورة من أسباب الاستثناء. قال الأتاسي[٦]: «لكن ربما يعارض بعض فروع تلك القواعد أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة»[٧].

* * *

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٥/٩).

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية (٩٣).

(٣) انظر: ص (١٣٥).

(٤) شرح القواعد الفقهية (٩٣).

(٥) الضرورة: "الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً"، درر الحكام (١/٣٤).

(٦) محمد طاهر بن محمد خالد الأتاسي، الفقيه الحنفي، وُلِّيَ القضاء في عدد من بلدان الشام، ثم ولي منصب مفتي حمص، أكمل شرح مجلة الأحكام العدلية بعد والده، توفي سنة ١٣٥٩هـ.
انظر: الأعلام (٣/٢٢١).

(٧) شرح المجلة (١/١١، ١٢).

المطلب الثاني

المستثنيات من قاعدة: "من شك هل فعل شيئاً أو لا؟ فالأصل أنه لم يفعله

هذه القاعدة استثنى منها النووي في المجموع مسألتين:

مسألة الشك في مسح الرأس مثلاً، ومسألة الشك في عدد الركعات[١].

والمسألة الأولى ذكرها ابن نجيم في مستثنيات قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"[٢].

والمسألتان يأتي بيانهما على النحو التالي:

المسألة الأولى: إذا توضأ وشك في مسح الرأس.

المسألة الثانية: إذا سلم من صلاته ثم شك هل صلى ثلاثاً أو أربعاً؟ فإنه لا أثر للشك.

* * *

(١) انظر: المجموع (١/٢٦٦).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٩٤).

المسألة الأولى: إذا توضأ وشك في مسح الرأس[1].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أن من شك في غسل عضو من أعضاء الوضوء قبل تمام الوضوء فيجب عليه غسله[2].

واختلفوا فيما إذا توضأ ثم شك في غسل عضو من الأعضاء على قولين:

القول الأول: لا يجب غسل العضو الذي شك فيه، وهذا وجه عند الشافعية[3]، ووجه عند الحنابلة هو الصحيح[4].

القول الثاني: يجب غسل العضو، وهذا قول الحنفية[5]، والمالكية إذا لم تجف أعضاؤه[6]، ووجه عند الشافعية[7]، والحنابلة، إذا لم يطل الفصل[8].

أدلة القول الأول:

١ – أن هذا شك في العبادة بعد الفراغ منها، أشبه الشك في ترك شرط من الصلاة بعد السلام[9].

٢ – أن الطهارة كانت محكوماً بصحتها قبل شكه، فلا يزول ذلك بالشك، كما

---

(١) انظر: المجموع (٢٦٦/١)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٨١/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٠/١)، المنثور في القواعد (٤٩/٢)، قواعد الحصني (٢٨١/١)، الاعتناء في الفرق والاستثناء (٢٣٥/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٥٣/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (١٥٠/١)، جواهر الإكليل (١٦/١)، المجموع (٤٥٤/١)، كشاف القناع (٨٦/١).

(٣) انظر: المجموع (٤٥٤/١)، روضة الطالبين (١٧٥/١).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٣٢١/١)، الإنصاف (٣٢١/١).

(٥) انظر: المبسوط (٨٦/١)، حاشية ابن عابدين (١٥٠/١).

(٦) انظر: مواهب الجليل (٣٦٧/١)، جواهر الإكليل (١٦/١).

(٧) انظر: المجموع (٤٥٤/١)، روضة الطالبين (٩٤/١).

(٨) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٣٢١/١)، الإنصاف (٣٢١/١).

(٩) انظر: المغني (١٦٠/١).

لو شك في وجود الحدث المبطل[1].

أدلة القول الثاني:

١ – إن المُتَوَضِّأَ على يقين من الحدث في ذلك الموضع، وفي شك من غسله، فيلزمه الغسل[2].

٢ – إن الطهارة تراد لغيرها وهي الصلاة، فلم تتصل بالمقصود[3].

٣ – القياس على المسافر إذا صلى الظهر وفرغ منها، وشك في فرض منها، وأراد أن يجمع إليها العصر لم يجز، لأن شرط صحة العصر في وقت الظهر أن يتقدم العلم بصحة الظهر[4].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، فلا يلتفت إلى الشك هنا، اعتباراً بقاعدة: "لا شك بعد الفراغ من العبادة"[5]، إذ إنه أثناء الوضوء أقرب في الذكر منه حين يشك بعد القيام من محل الوضوء والانصراف عنه، والشرع كثيراً ما يقيم الظن القوي مقام اليقين، فلا يؤثر فيه الشك.

المقصد الثاني: بيان وجه دخول المسألة تحت القاعدة.

إن من توضأ ثم شك بعد فراغه هل مسح رأسه أو لا؟ فإنه بحسب قاعدة: "من شك هل فعل شيئاً أو لا؟ فالأصل أنه لم يفعله". عدم صحة وضوئه؛ لأن الأصل عدم المسح إلا أن هذه المسألة على القول بصحة وضوء من شك في مسح رأسه، استثنيت من هذه القاعدة.

---

(١) انظر: المغني (١/١٦٠).

(٢) انظر: المبسوط (١/٨٦).

(٣) انظر: المجموع (١/٤٥٤).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٦، ٢٧)، بدائع الفوائد لابن القيم (٣/٢٧٣)، القواعد لابن رجب (٣/١٦٨).

قال النووي: «فإن تكلف متكلف وقال: المسألتان داخلتان – يشير إلى هذه المسألة والتي بعدها[١] – في القاعدة فإنه من شك هل ترك أو لا؟ والأصل عدمه، فليس تكلفه بشيء لأن الترك عدم باق على ما كان، وإنما المشكوك فيه الفعل، والأصل عدمه و لم يعمل بالأصل»[٢].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثنيت من قاعدة: "من شك هل فعل شيئاً أو لا؟ فالأصل أنه لم يفعله" لدليل خاص على تخصيصها، وهذا الدليل هو قاعدة: "لا شك بعد الفراغ من العبادة"[٣].

فالشك الطارئ بعد العبادة لا أثر له، لأن القول بتأثيره يؤدي إلى إلحاق المشقة والحرج بالمكلفين، وتكليفهم فوق طاقتهم، والله ﷻ يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٤]، وقال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[٥].

ثم إن اليقين لا يزول إلا بيقين أقوى منه، أو مساويه، ولما كان المكلف قد أنهى العبادة، وهو على يقين من إتمامها، فلا يزول ذلك اليقين بالشك الطارئ عليه[٦].

* * *

---

(١) انظر: ص (١٤١).

(٢) المجموع (١/٢٦٦).

(٣) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٦، ٢٧)، بدائع الفوائد لابن القيم (٣/٢٧٣)، والقواعد لابن رجب (٣/١٦٨).

(٤) سورة الحج، الآية (٧٨).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٨٦).

(٦) انظر: الشك أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي للدكتور الجوارنة (١٠٦).

المسألة الثانية: إذا سلم من صلاته ثم شك هل صلى ثلاثاً أو أربعاً؟ فإنه لا أثر للشك[١].

هذه المسألة كسابقتها استثناها النووي في المجموع[٢] من قاعدة: "من شك هل فعل شيئاً أو لا؟ فالأصل أنه لم يفعله"، وهي مطابقة لها من حيث وجه دخولها في القاعدة وسبب الاستثناء لذا اقتصر على ما سبق بيانه في المسألة السابقة[٣]، وأبين هنا حكم المسألة:

المقصد الأول: حكم المسألة.

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنه لا أثر للشك الطارئ بعد الفراغ من الصلاة، وهذا قول الحنفية[٤]، والحنابلة[٥]، وأحد قولي المالكية[٦]، والصحيح عند الشافعية[٧].

القول الثاني: إن هذا الشك يؤثر في الصلاة، وهذا هو القول الثاني للمالكية وهو الراجح عندهم[٨].

القول الثالث: يجب الأخذ باليقين، فإن كان الفصل قريباً بنى، وإن طال استأنف، وهذا قول بعض الشافعية[٩].

---

(١) انظر: المجموع (٢٦٦/١)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٨١/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٠/١)، المنثور في القواعد (٤٩/٢)، قواعد الحصني (٢٨٢/١)، الاعتناء في الفرق والاستثناء (٢٣٥/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٥٣/١).

(٢) انظر: المجموع (٢٦٦/١).

(٣) انظر: ص (١٣٩).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٥١٤/١)، البحر الرائق (١١٧/٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٧٢/٤)، كشاف القناع (٤٠٧/١).

(٦) انظر: حاشية العدوي على حاشية الخرشي (٢٢/٢)، حاشية الدسوقي (٢٥٤/١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٤١٤/١)، مغني المحتاج (٢١٠/١).

(٨) انظر: مواهب الجليل (١٨/٢)، حاشية الدسوقي (٢٥٤/١).

(٩) انظر: روضة الطالبين (٤١٥/١)، مغني المحتاج (٢١٠/١).

دليل القول الأول: إن هذا الشك إنما طرأ على الصلاة بعد كمالها وبراءة الذمة منها، والظاهر أنه أتى بها على الوجه المشروع، ولأن هذا يكثر فيشق الرجوع إليه[١].

دليل القول الثاني: إن من شك بعد السلام لم تحصل له الثقة ببراءة ذمته من الصلاة، فوجب عليه الإعادة ليحصل له اليقين بالأداء[٢].

دليل القول الثالث: أن الأصل عدم الفعل، ولأنه إذا تيقن بعد السلام ترك ركن، أو ركعة ولم يطل الفصل يتدارك كما لو كان ذلك قبل السلام، فكذلك يتساويان في حكم الشك[٣].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن الشك في العبادة بعد الفراغ منها لا يؤثر، عملاً بالظاهر، وكما قال ابن رجب[٤] في قواعده: "إذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها؛ فإنه لا يلتفت إلى الشك، وإن كان الأصل عدم الإتيان به وعدم براءة الذمة؛ لكن الظاهر من أفعال المكلفين للعبادات أن تقع على وجه الكمال؛ فرجح هذا الظاهر على الأصل"[٥].

* * *

---

(١) انظر: مواهب الجليل (١٨/٢)، مغني المحتاج (٢١٠/١)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧٢/٤).

(٢) انظر: مواهب الجليل (١٨/٢، ١٩).

(٣) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٨٥/٢، ٨٦).

(٤) أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي، حافظ للحديث، له مؤلفات منها: فتح الباري، جامع العلوم والحكم، القواعد الفقهية، لطائف المعارف، ذيل طبقات الحنابلة، توفي سنة ٧٩٥هـ.
انظر: شذرات الذهب (٣٣٩/٦)، الأعلام (٢٩٥/٣)، تسهيل السابلة لمريد معرفة الحنابلة (١٢٠٢/٣).

(٥) القواعد (١٦٨/٣).

المطلب الثالث

المستثنيات من قاعدة: "الأصل العدم"

هذه القاعدة وردت بهذا اللفظ، وبلفظ "الأصل في الصفات العارضة العدم".

فالصفات العارضة الأصل عدم وجودها في الموصوف، فالعدم فيها يقين، وأما وجودها فهو مشكوك فيه، إلا أنه خرج عن هذا الأصل مسائل اعتبرت فيها الصفات العارضة لأسباب يأتي بيانها في هذا المطلب، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إذا جاء المضارب بمبلغ، وقال: هو أصل وربح، وقال رب المال: كله أصل، فالقول قول المضارب.

المسألة الثانية: إذا أراد الواهب الرجوع في هبته، وادعى الموهوب له هلاكها، فالقول قول الموهوب له.

المسألة الثالثة: إذا طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي، فادعى الأب النفقة عليهم، فالقول قوله.

* * *

المسألة الأولى: إذا جاء المضارب بمبلغ وقال: هو أصل وربح، وقال رب المال: كله أصل، فالقول قول المضارب[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول قول المضارب، وهذا قول الحنفية[(٢)]، والمالكية[(٣)]، والحنابلة[(٤)]، والصحيح عند الشافعية[(٥)]، وقد نقل ابن المنذر الإجماع على هذه المسألة قال: «وأجمعوا على أن الرجل إذا دفع إلى الرجل مالاً مضاربة، ثم اختلفا، وقد جاء العامل بألفي درهم، فقال رب المال: كان رأس مالي ألفي درهم، وقال العامل: كان رأس المال ألف درهم والربح ألف درهم، فإن القول: قول العامل مع يمينه، وذلك إن لم يكن لرب المال بينة»[(٦)].

القول الثاني: القول: قول رب المال، وهذا قول زفر[(٧)] من الحنفية[(٨)]، ووجه عند الشافعية[(٩)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٢)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (١/٣٢٣)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٢٠)، القواعد الفقهية لعزام (١٠٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/١٠٩)، البناية في شرح الهداية (٩/٢٢٧).

(٣) لم أجد نصاً للمالكية، ولكنهم جعلوا القول قول العامل في رد رأس المال إلى صاحبه إذا كان أخذه بغير بينة وهذا أولى. انظر: مواهب الجليل (٧/٤٦٣)، حاشية الدسوقي (٣/٥٣٦).

(٤) انظر: المغني (٧/١٨٤)، كشاف القناع (٣/٥١٣).

(٥) انظر: المجموع (١٣/٤٤٤)، مغني المحتاج (٢/٣٢٢).

(٦) الإجماع (٥٨).

(٧) زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، أحد أصحاب أبي حنيفة، وكان يفضله ويقول هو أقيس أصحابي، توفي سنة ١٥٨هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٢/٣١٧)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٢٠٧)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (١٣٢).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٦/١٠٩)، البناية في شرح الهداية (٩/١٢٧).

(٩) انظر: المجموع (١٣/٤٤٤)، مغني المحتاج (٢/٣٢٢).

أدلة القول الأول:

١ – أن رب المال والمضارب اختلفا في المقبوض والقول في مقداره للقابض[١].

٢ – أن المضارب أمين في مال المضاربة، لأنه متصرف في مال غـــيره بإذنـــه، لا يختص بنفعه، فكان أميناً كالوكيل[٢].

٣ – أن رب المال يدعي عليه قبض شيء، وهو ينكره، والقول قول المنكر[٣].

دليل القول الثاني:

إن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح، ورب المال ينكر، والقول قول المنكر[٤].

الترجيح:

القول الأول – والله أعلم – هو الراجح وهو قول أكثر الفقهاء، لأن العامل أمين، والأمين مصدق، ما دام لم يأت بما يخالف أمانته من كذب وخيانة ونحوهما.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إن قول المضارب: هذا الألف ربح وليس من رأس المال أمر عارض، إذ الأصل عدم الربح، وبحسب قاعدة: "الأصل في الصفات العارضة العدم" فالقول: قول رب المال، إلا أن هذه المسألة استثنيت منها.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزرقاء من قاعدة: "الأصل في الصفات العارضة العـــدم"[٥]،

---

(١) انظر: البحر الرائق (٧/٢٧٢)، المجموع (١٣/٤٤٤).

(٢) انظر: المغني (٧/١٨٤).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: البناية على الهداية (٩/١٢٧).

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية (١٢٠).

وذلك أن اعتبار قول المضارب في هذه المسألة مع أن الأصل عدم الربح، هو وجود أصل آخر، قال ابن نجيم: «لأن الأصل وإن كان عدم الربح، لكن عارضه أصل آخر، وهو أن القول قول القابض في مقدار ما قبضه»[١]، وكذا قال ناظر زاده[٢] في ترتيب اللآلي[٣].

وقاعدة: "القول قول القابض" متقررة عند فقهاء الحنفية[٤]، فإذاً سبب الاستثناء هو هذه القاعدة.

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر (٨٢).

(٢) محمد سليمان، الشهير بناظرزاده التركي، الفقيه الحنفي، من علماء القرن الحادي عشر، من مؤلفاته: ترتيب اللآلي في سلك الأمالي، توفي بعد سنة ١٠٦١هـ.
انظر: القسم الدراسي من تحقيق ترتيب اللآلي، لخالد السليمان (٣٨/١).

(٣) انظر: (٣٢٣/١).

(٤) انظر: المبسوط (٤٨/١٣)، بدائع الصنائع (١٠٩/٦)، البناية في شرح الهداية (١٢٧/٩).

المسألة الثانية: إذا أراد الواهب الرجوع في هبته، وادعى الموهوب له هلاكها، فالقول قول الموهوب له[١].

هذه المسألة تجري على مذهب الحنفية: من أن الهبة عقد جائز يصح الرجوع فيها[٢]، ولا تجري على مذهب الجمهور: المالكية والشافعية، والحنابلة القائلين بأن الهبة عقد لازم، لا يصح الرجوع فيها بعد القبض إلا هبة الوالد لولده[٣].

لذا نجد أن استثناء هذه المسألة ذكرها بعض الحنفية في كتب القواعد.

المقصد الأول: حكم المسألة:

هذه المسألة كما سبق بيانه تجري على مذهب الحنفية، فاقتصر في هذا المقصد على صورة المسألة، ورأي الحنفية ودليلهم.

صورة المسألة: إذا وهب رجل لآخر شيئاً فأراد الواهب الرجوع في هبته، فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فمن القول قوله؟

قول الحنفية في المسألة: ذهب الحنفية إلى أن القول قول الموهوب له بلا يمين.

قال ابن نجيم: «لو ادعى الموهوب له هلاك الموهوب يصدق، لأنه منكر لوجوب الرد عليه»[٤].

وقال ابن عابدين[٥]: «ولو ادعاه أي الهلاك صدق بلا حلف، لأنه ينكر الرد»[٦].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٢٠)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٢٤)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (١٨٦)، القواعد الفقهية لعزام (١٠٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٤٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/١٢٧)، حاشية ابن عابدين (٨/٥٠٤).

(٣) انظر: حاشية الخرشي (٧/٤٢٧)، حاشية الدسوقي (٤/١٠٢)، المجموع (١٤/٢٨٦)، مغني المحتاج (٢/٤٠٤)، المغني (٨/٢٧٧، ٢٧٨)، كشاف القناع (٤/٣٠١).

(٤) البحر الرائق (٧/٢٩٤).

(٥) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، له مؤلفات منها: رد المختار على الدر المختار، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ونسمات الأسحار على شرح المختار، توفي سنة ١٢٥٢هـ.
انظر: الأعلام (٦/٤٢)، معجم المؤلفين (٩/٧٧).

(٦) حاشية ابن عابدين (٨/٥٠٤).

وقال علي حيدر: «إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الهبة، فالقول له بلا يمين، وذلك حسب منطوق المادة ١٧٧٣»[١]، ونص هذه المادة: "إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين"[٢].

لذا نخلص من هذه النقول أن القول قول الموهوب له، ودليلهم: "أن الموهوب له منكر لوجوب الرد عليه فأشبه المُودَع"[٣].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إن تلف الموهوب صفة عارضة، وبمقتضى قاعدة: "الأصل في الصفات العارضة العدم" يكلف الموهوب له بإثبات الهلاك ولا يقبل قوله إلا ببينة، لكن عدل عن هذا الأصل واعتبرت هذه المسألة مستثناة من القاعدة[٤].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزرقاء من قاعدة: "الأصل في الصفات العارضة العدم"[٥]. السبب: قياس الموهوب له على المُودَع وذلك أن الموهوب له شبيه بالمُودَع، والمُودَع أمين، ويصدق فيما يدعيه من التلف أو الرد، لهذا صدق الموهوب له في دعواه تلف الهبة بلا يمين[٦].

ووجه الشبه بين المُودَع والموهوب له، أن المُودَع يصدق في دعواه تلف الوديعة ولا يضمن، وكذلك الموهوب له إذا أتلف الهبة لا يجب عليه الضمان[٧].

* * *

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢٤/١).

(٢) شرح المجلة للأتاسي (٥٠٥/٥).

(٣) مجمع الأنهر (٣٦٢/٢).

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢٤/١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (١٨٦).

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية (١٢٠).

(٦) انظر: مجمع الأنهر (٣٦٢/٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢٤/١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (١٨٦).

(٧) انظر: شرح فتح القدير (٨٩/٧، ١٣٨).

المسألة الثالثة: إذا طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي، وادعى الأب النفقة عليهم، فالقول قوله[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

هذه المسألة ذكرها فقهاء الحنفية والمالكية و لم أقف عليها عند الشافعية والحنابلة بهذه الصورة، إلا أنه يخرج على قولهم في مسألة طلب المرأة نفقتها وادعاء الزوج الإنفاق عليها، باعتبار أن المرأة هي حاضنة أولادها الصغار، ولها حق المطالبة والقبض[٢].

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول قول الزوجة، وهذا قول المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: أن القول قول الزوج مع اليمين، وهذا قول الحنفية[٦].

دليل القول الأول: حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[٧].

وجه الاستدلال: أن الزوج مدعٍ فلم تقبل دعواه بلا بينة، وقبل قول الزوجة لأنها منكرة[٨].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٢)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٣٢٤/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٢٠)، والوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٤٦)، القواعد الفقهية لعزام (١٠٩).

(٢) قال أبو الفرج المقدسي في الشرح الكبير: «فإن الحاكم قد فرضها – أي نفقة الأقارب – فينبغي أن تلزمه لأنها تأكدت بفرض الحاكم فلزمته كنفقة الزوجة» (٤١٦/٢٤)، وقال الخرشي: «حكم نفقة أولادها الصغار حكم نفقتها» (٢٢٢/٥).

(٣) انظر: حاشية الخرشي (٢٢٢/٥)، حاشية الدسوقي (٤٦٣/٢).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٤١/١٥)، روضة الطالبين (٤٦٦/٦).

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة (٩٨/٥)، شرح منتهى الإرادات (٦٦٧/٥).

(٦) انظر: فتاوى الخانية (٤٤٦/١)، جامع أحكام الصغار للأسروشني (٣٤٣/١).

(٧) تقدم تخريجه ص (٩٢).

(٨) انظر: الحاوي الكبير (٤١/١٥).

دليل القول الثاني: "أن الأصل في الصغير أن لا يعيش بلا إنفاق أحد؛ لأنه لا كسب له، فالظاهر أن ذلك الواحد: الأب"[1].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول؛ لأن الأصل أن القول قول المنكر واليمين عليه كما في الحديث، وأما قول الحنفية أن ذلك الواحد هو الأب فليس على إطلاقه فقد يكون الأب مسافراً أو غير ذلك.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا ادعت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد فرضها من القاضي، وادعى الأب الإنفاق، فإن الأب يدعي أمراً عارضاً وهو الإنفاق وبحسب قاعدة: "الأصل في الصفات العارضة العدم" فإن الأصل عدم الإنفاق، والقول قول الزوجة كما قال بذلك الجمهور.

وأما قول الحنفية فيعد استثناء من القاعدة كما ذكر ذلك ابن نجيم في الأشباه والنظائر[2]، وناظر زاده في ترتيب اللآلي[3].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

من ذكر استثناء هذه المسألة لم يذكر سبب الاستثناء، وإنما ذكر ناظر زاده في ترتيب اللآلي تحقيقاً يفيد أن هذه المسألة ليست مستثناة من القاعدة وإنما هي مندرجة تحتها قال: «وإذا أنكرت المرأة وصول نفقة الصغير: فكأنها ادعت ترك الإنفاق في الحقيقة، وهو خلاف الظاهر، والأب ينكر ترك الإنفاق: فيعتبر قوله مع اليمين، نظراً إلى أن عدم ترك الإنفاق في حق الصغير أصل.

---

(١) ترتيب اللآلي لناظر زاده (١/٣٢٥).

(٢) انظر: ص (٨٢).

(٣) انظر: (١/٣٢٤).

ولا يقال: لما كان دعوى المرأة في هذه المسألة خلاف الظاهر، فلم لا يثبت بالبينة كما هو الأصل فيه؟ لأن الترك مما لا يثبت بالبينة.

من فهم هذا التحقيق كما وجب لا يخفى عليه أن هذه المسألة لم تخرج عن القاعدة»[١].

* * *

(١) ترتيب اللآلي (١/٣٢٦).

المطلب الرابع

المستثنيات من قاعدة: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن"

هذه القاعدة تقتضي أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر فإن حدوثه ينسب إلى أقرب الأوقات، إذ إن الخصمين لما اتفقا على حدوثه، وادعى أحدهما حدوثه في وقت، وادعى الآخر أنه في وقت أبعد من هذا الوقت، فمعنى ذلك أنهما اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب، وانفرد أحدهما بالادعاء أنه كان موجوداً قبل هذا الوقت الأقرب، والآخر ينكر هذا الادعاء والقول للمنكر.

إلا أن هذه القاعدة خرج عنها مسائل، هي على النحو التالي:

المسألة الأولى: إذا ادعى المشتري موجباً للرد بعد قبض المبيع، فالقول للمشتري.

المسألة الثانية: إذا ادعت زوجة نصراني أن إسلامها بعد وفاة زوجها، وأنكر الورثة، فالقول قول الورثة.

المسألة الثالثة: إذا جاءت زوجته بولد، واختلفا في وقت الولادة: قبل ستة أشهر من العقد أو بعدها، فالقول قول الزوجة.

* * *

المسألة الأولى: إذا ادعى المشتري موجباً للرد بعد قبض المبيع، فالقول للمشتري[١].

صورة المسألة: ما لو اشترى إنسان شيئاً، ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية، فقال البائع للمشتري: إنك رضيت بالمبيع بعد ما رأيته فسقط خيارك، وقال المشتري: رضيت به قبل أن أراه فلم يسقط خياري[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اتفق الأئمة الأربعة على أن القول قول المشتري مع يمينه[٣]، فإن الفقهاء أعملوا وسائل الإثبات بالطريقة الواردة شرعاً، البينة على المدعي واليمين على من أنكر كما في حديث عبد الله بن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[٤]، ولأن البائع يدعي أمراً عارضاً وهو علم المشتري، والأصل العدم[٥].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

المشتري يدعي حدوث الرضا قبل رؤية المبيع؛ أي في أبعد الأوقات المتنازع عليها، والبائع يدعي الرضا بعد رؤية المبيع، وبحسب قاعدة: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن"، يكون القول قول البائع، إلا أن القول في هذه المسألة قول المشتري على خلاف القاعدة[٦]، ولهذا استثنيت من القاعدة.

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٣٠)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٥٧).

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٣٠).

(٣) انظر: تبيين الحقائق (٤/٣٠)، حاشية ابن عابدين (٧/١٦٣)، المدونة الكبرى (١٠/٤٢٩)، الشرح الصغير (٣/١٧٨)، روضة الطالبين (٣/٤٩١)، أسنى المطالب (٢/٧٢)، المغني (١٠/٦٤)، كشاف القناع (٥/١١١).

(٤) تقدم تخريجه ص (٩٢).

(٥) انظر: تبيين الحقائق (٤/٣٠)، المغني (١٠/٦٤).

(٦) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٥٧).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزرقاء من قاعدة: "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"[(١)]، وسبب الاستثناء قاعدة أخرى وهي: "الأصل في الأمور العارضة العدم"، فالرؤية أمر عارض والأصل عدمه، فالأصل مع المشتري ولا تثبت الرؤية إلا بيقين أو بينة[(٢)].

لذا ذكر ابن نجيم هذه المسألة في كتابه الأشباه والنظائر فرعاً من فروع قاعدة: "الأصل العدم"[(٣)].

* * *

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية (١٣٠).

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٥٧).

(٣) انظر: ص (٨٥).

المسألة الثانية: إذا ادعت زوجة نصراني أن إسلامها بعد وفاة زوجها، وأنكر الورثة، فالقول قول الورثة[١].

صورة المسألة: إذا ادعت زوجة ذمي أنها أسلمت بعد موت زوجها، وأن لها الحق في أن ترث منه لكونها على دينه حين موته، وادعى الورثة أنها أسلمت قبل وفاته، فلا ترث لاختلاف الدين.

المقصد الأول: حكم المسألة.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القول قول الزوجة المسلمة بيمينها، وهذا قول الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وبعض المالكية[٤]، وزفر من الحنفية[٥].

القول الثاني: أن القول قول الورثة، وهذا قول الحنفية[٦]، وبعض المالكية[٧].

أدلة القول الأول:

١ - أن الأصل استمرار الزوجة على دينها، فمن طلب أن يزيلها عن ذلك فهو المدعي[٨].

٢ - أن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات[٩].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٥)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٣٣١/١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢٦/١)، شرح المجلة للأتاسي (٢٠/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٣٠)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٤٨)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٨٩)، القواعد الفقهية لعزام (١٠٧)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية (١٥٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤٣٦/٦)، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج (٤٤٤/١٣).

(٣) انظر: الإنصاف (٢٤٥/٢٩).

(٤) انظر: البيان والتحصيل (١٩٧/١٤).

(٥) انظر: تبيين الحقائق (١٩٩/٤)، العناية شرح الهداية (٣٣٩/٧).

(٦) انظر: المرجعين السابقين.

(٧) انظر: البيان والتحصيل (١٩٧/١٤).

(٨) انظر: البيان والتحصيل (١٩٧/١٤)، مغني المحتاج (٤٣٦/٦).

(٩) انظر: العناية شرح الهداية (٣٣٩/٧).

أدلة القول الثاني:

١ - تحكيم الحال، وهو أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت بما مضى[(١)].

٢ - أن الزوجة مدعية لأخذ ميراث بدين كانت تزعمه يوم مات زوجها، فلا يقبل قولها إلا ببينة[(٢)].

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - أن القول الأول هو الراجح بناء على أن الأصل لهذه المرأة الكفر، والإسلام حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته وهو بعد الوفاة، وهو الوقت المتفق على وجود إسلامها فيه، وأما الوقت الأبعد وهو ما قبل الوفاة فهو مشكوك فيه، فيكون القول قول من يتمسك بالزمن الأقرب؛ لأنه المتيقن.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

هذه المسألة تجري على قاعدة: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن" على القول بأن القول قول الزوجة، إذ إن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته، وأقرب أوقاته ما بعد الموت.

بينما تستثنى على القول الثاني، وذكر استثناء هذه المسألة من الحنفية ابن نجيم في الأشباه والنظائر[(٣)]، وناظر زاده في ترتيب اللآلي[(٤)].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

سبب الاستثناء قاعدة: "تحكيم الحال، فسبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى"[(٥)]، وهذا يسمى الاستصحاب المقلوب، قال علي حيدر: «السبب في عدم جريان

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٤/٢٠٠).

(٢) انظر: البيان والتحصيل (١٤/١٩٧).

(٣) انظر: ص (٨٥).

(٤) انظر: (١/٣٣١).

(٥) ترتيب اللآلي لناظر زاده (١/٣٣٣).

هذه القاعدة في مثل هذه الدعوى هو العمل بقاعدة الاستصحاب في هذه المـــسألة، وأن اختلاف الدين أي سبب الحرمان من الإرث هو موجود بالحال، وبالاستصحاب المقلوب تعتبر في الزمن السابق مسلمة أيضاً»[١].

* * *

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٢٦).

المسألة الثالثة: إذا جاءت زوجته بولد واختلفا في وقت الولاة: قبل ستة أشهر من العقد أو بعدها فالقول قول الزوجة[١].

صورة المسألة: "إذا تزوج رجل بامرأة ثم جاءت بولد واختلفا، فقال الزوج: إنك ولدت قبل أن يتم لعقد النكاح ستة أشهر فالولد ليس بثابت النسب مني، وقالت الزوجة: ولدت بعد أن تم للعقد ستة أشهر فالولد ثابت النسب منك"[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة.

هذه المسألة تجري على مذهب الحنفية من أن النسب يثبت إذا ولدت لستة أشهر من حين العقد[٣].

ولا تجري على مذهب الأئمة الثلاثة من أنه لا يكفي مجرد العقد لثبوت النسب بل لابد من انضمام إمكان الوطء إليه وإلا لم يلحقه[٤].

وقول الجمهور هو الراجح في هذه المسألة، لأنه إذا لم يكن وطء، فإننا على يقين بأن هذا الولد غير مخلوق من ماء الزوج، والعقد وحده غير كافٍ في إثبات النسب.

ومع ضعف قول الحنفية إلا أنها جاءت مستثناة من قاعدة: "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"، مما يدعو إلى بيان قول الحنفية في حكمها:

قال أبو حنيفة: إن القول قول الزوجة بلا يمين، وقال أبو يوسف، ومحمد بوجوب استحلافها[٥].

قال ابن نجيم: «فإن ولدت ثم اختلفا فقالت: نكحتني منذ ستة أشهر، وادعى الأقل، فالقول لها وهو ابنه؛ لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح

---

(١) انظر: البحر الرائق (١٧٦/٤)، حاشية ابن عابدين (٢٤٠/٥)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٣١).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٣١).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٣٤٨/٤)، البحر الرائق (١٦٩/٤).

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر (٦١٤/٢)، بداية المجتهد (٥٧٣/٢)، المجموع (١٧٤/١٦)، مغني المحتاج (٣٧٣/٤)، المغني (١٦٨/١١)، كشاف القناع (٤٠٥/٥).

(٥) انظر: تبيين الحقائق (٤٤/٣)، حاشية ابن عابدين (٢٤٠/٥).

ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له، وهو إضافة الحادث وهو النكاح إلى أقرب الأوقات؛ لأنه إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه»[١].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

بحسب قاعدة: "الأصل في كل حادث تقديره إلى أقرب زمن" يكون القول قول الزوج، إذ إن النكاح أمر حادث، فالزوج يدعي عدم تمام ستة أشهر، بينما تدعي الزوجة تمام هذه المدة، وعلى مذهب الحنفية من أن القول قول الزوجة، تكون هذه المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

سبب الاستثناء الاحتياط؛ إذ إن النسب مما يحتال لإثباته مهما أمكن.

قال الزيلعي[٢]: «فإن قيل الظاهر يشهد له أيضاً لأن الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات، والنكاح حادث قلنا: النسب مما يحتال لإثباته احتياطاً إحياء للولد، ألا ترى أنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق، وسائر التصرفات لا تثبت به»[٣].

وقال ابن نجيم: «إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه»[٤].

* * *

---

(١) البحر الرائق (١٧٦/٤).

(٢) عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، فقيه حنفي، له مؤلفات منها: تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، وشرح الجامع الكبير، توفي سنة ٧٤٣هـ.
انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٥١٩/٢)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (١٩٤)، الأعلام (٢١٠/٤).

(٣) تبيين الحقائق (٤٤/٣).

(٤) البحر الرائق (١٧٦/٤).

الفصل الثالث

المستثنيات من قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"

فيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "المشقة تجلب التيسير".

* * *

قاعدة: المشقة تجلب التيسير(١)

التمهيد في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاها والقواعد المندرجة تحتها:

هذه القاعدة واحدة من القواعد الكبرى التي بُني عليها الفقه، ويتخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته في جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات ومناكحات وجنايات وأقضية وحقوق وغير ذلك.

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

المشقة في اللغة: الجهد والعناء والشدة، يقال: شق عليه الشيء شقاً ومشقة، إذا أتعبه(٢).

ومنه قوله تعالى: ﴿لَمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنفُسِ﴾(٣).

وفي الاصطلاح: لا يخرج المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء عن المعنى اللغوي لها، ففي معجم لغة الفقهاء: «المشقة: العسر والعناء الخارجان عن حد العادة في الاحتمال»(٤).

---

(١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/٩٧)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٤٨)، المنثور في القواعد (٢/٢٦٩)، القواعد للحصني (١/٣٠٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٥٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٦)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٥٧)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٦٠)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية (١/٢٤٤)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٥٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢١٨)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٨٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٢٥٧).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٣/١٧٠، ١٧١)، لسان العرب (١٢/٥٠، ٥١).

(٣) سورة النحل، الآية (٧).

(٤) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي (٤٣١).

والجلب: "الإتيان بالشيء من موضع إلى موضع"[١].

فجلب الشيء سَوقه والمجيء به من موضع إلى موضع، والمقصود به هنا لا يخرج عن هذا المعنى.

التيسير: من اليسر ضد العسر[٢]، والمقصود به هنا: التسهيل والتخفيف بعمل لا يجهد النفس ولا يثقل الجسم[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

"أن الصعوبة التي تصادف في شيء تكون سبباً باعثاً على تسهيل وتهوين ذلك الشيء"[٤]، وبعبارة أخرى: أن الصعوبة والعناء التي يجدها المكلف في تنفيذ الحكم الشرعي تصير سبباً شرعياً صحيحاً للتسهيل والتخفيف عنه بوجه ما[٥].

٢ – أدلة القاعدة:

إن هذه القاعدة تستند على أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

من الكتاب:

وردت في القرآن الكريم آيات تدل على التيسير والتخفيف؛ كقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[٦].

وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الْإِنسَانُ ضَعِيفًا﴾[٧]، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[٨].

---

(١) مقاييس اللغة (٤٦٩/١).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (١٥٥/٦).

(٣) انظر: محاسن التأويل (٤٦٣/١).

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣١/١).

(٥) انظر: شرح المجلة للأتاسي (٤٨/١)، قاعدة: "المشقة تجلب التيسير" للباحسين (٢٦).

(٦) سورة البقرة، الآية (١٨٥).

(٧) سورة النساء، الآية (٢٨).

(٨) سورة البقرة، الآية (٢٨٦).

كما وردت آيات تدل على نفي الحرج والضيق؛ كقوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[(١)]، وقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾[(٢)].

فهذه الآيات وغيرها دلت على رفع الحرج، والتيسير على الناس والتخفيف عليهم بما شرعه الله تعالى لهم من الأحكام، ورفع التكليف بما هو شاق في تشريع الأحكام مما لا تطيقه النفوس، وليس من مقدورها أن تتحمله.

من السنة:

ورد في السنة النبوية أحاديث تدل على السماحة والتيسير في الدين:

ومن ذلك حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (إن الدين يُسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا... الحديث)[(٣)]، وحديث عائشة ﷺ (أن رسول الله ﷺ ما خُيِّر بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً)[(٤)].

كما وردت أحاديث تدل على التخفيف وعدم التشديد والغلو، ومن ذلك قوله ﷺ عندما شكا بعض الصحابة ممن يطول في صلاة الجماعة: (أيها الناس، إنكم منفرون، فمن صلى بالناس فليخفف، فإن فيهم المريض والضعيف وذا الحاجة)[(٥)].

وحديث عائشة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (عليكم بما تطيقون، فوالله لا يمل الله حتى تملوا، وكان أحب الدين إليه ما داوم عليه صاحبه)[(٦)].

---

(١) سورة الحج، الآية (٧٨).

(٢) سورة المائدة، الآية (٦).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الإيمان، باب الدين يسر، رقم (٣٩).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الحدود، باب إقامة الحدود والانتقام لحرمات الله رقم (٦٧٨٦)، ومسلم واللفظ له في كتاب الفضائل، باب مباعدته ﷺ للآثام رقم (٢٣٢٧).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره رقم (٩٠).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الإيمان، باب أحب الدين إلى الله أدومه، رقم (٤٣)، ومسلم في كتاب الصيام، باب صيام النبي ﷺ في غير رمضان رقم (٧٨٢).

وحديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة)[١].

فمن تلك الأحاديث يتبين يسر هذا الدين في أحكامه وتشريعاته، واشتمال سنة النبي ﷺ على اليسر والبعد عن المشقة والتنطع.

من الإجماع:

من الأدلة التي تستند عليها القاعدة الإجماع، فإن العلماء أجمعوا على أن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالمشاق والإعنات عليهم[٢].

من المعقول:

أن العقل السليم مفطور على النفور مما فيه حرج ومشقة، كما أنه مفطور على عدم التناقض، فلو كان الشارع قاصداً للمشقة لما كان مريداً لليسر والتخفيف، وذلك باطل عقلاً[٣].

٣ – ضابط المشاق المقتضية للتخفيف:

المشقة المقتضية للتخفيف في الأحكام هي المشقة غير المعتادة، أما المشقة المعتادة فلا تكون سبباً للتخفيف، فالمشقة نوعان[٤]:

الأول: المشقة المعتادة أو المألوفة:

وهي المشقة الطبيعية التي يستطيع الإنسان تحملها دون إلحاق ضرر به، فهذه المشقة لم يرفعها الشارع عنا، ولا تنفك عنها عبادة غالباً[٥].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الجمعة، باب السواك يوم الجمعة رقم (٨٨٧)، ومسلم واللفظ له في كتاب الطهارة، باب السواك رقم (٢٥٢).

(٢) انظر: الموافقات (٩٤/٢).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: الموافقات (٩٤/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٦٢/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٣)، نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي (٩٦).

(٥) انظر: نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي (١٩٦).

الثاني: المشقة غير المعتادة:

وهي المشقة الزائدة التي لا يتحملها الإنسان عادة، وتفسد على النفوس تصرفاتها، وتخل بنظام حياتها، وتعطل عن القيام بالأعمال النافعة غالباً، وهذه لا مانع من التكليف بها عقلاً، ولكن لا يقع شرعاً؛ لأن الله لم يقصد إلى التكليف بالشاق[١].

٤ - موضوع القاعدة:

موضوع قاعدة: "المشقة تجلب التيسير" هو المشقة، وهي ما يشق على النفس من جهد وتعب وعناء وإعنات[٢].

وتعمل القاعدة بالتخفيفات والرخص إذا قامت الأسباب التي يغلب معها وقوع المشقة في العبادات وغيرها، والأسباب سبعة[٣]:

الأول: السفر:

ورخصه تتعلق بالمسح ثلاثة أيام ولياليها، وقصر الصلاة وجمعها، وعدم وجوب الجمعة، والفطر في رمضان.

الثاني: المرض:

ورخصه كثيرة منها: التيمم عند الخوف على نفسه أو على عضوه، والصلاة قاعداً، أو على جنب إذا عجز عن القيام، والتخلف عن الجمعة والجماعة، والفطر في رمضان وغيرها.

الثالث: الإكراه:

الإكراه: "حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل، ولا يختار مباشرته لو تُرِك ونفسه"[٤].

---

(١) انظر: نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي (١٩٩).

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٩٦).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٥٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٧).

(٤) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج (٢/٢٠٦).

والإكراه نوعان:

أ – الإكراه الملجئ أو الكامل: "وهو ما يضطر الفاعل إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس، أو ما هو في معناها كالعضو"[١]، وذلك مثل التهديد بالقتل، أو التخويف بقطع عضو، وهذا النوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

ب – الإكراه غير الملجئ أو الناقص: "هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو"[٢] كالتخويف بالحبس أو الضرب اليسير، وهذا يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار[٣].

الرابع: النسيان:

النسيان هو: "عدم الاستحضار للشيء وقت الحاجة إليه"[٤].

ومن الثابت شرعاً أن النسيان أحد الأسباب المرخصة، لحديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[٥].

قال السيوطي: «اعلم أن قاعدة الفقه: أن النسيان والجهل مسقط للإثم

---

(١) التلويح إلى كشف حقائق التنقيح للتفتازاني (٤٢/٢).

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج (٢٠٦/٢).

(٤) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج (١٧٦/٢).

(٥) أخرجه ابن ماجه في كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم (٢٠٤٥)، وأخرجه الحاكم في كتاب الطلاق، باب ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة، رقم (٢٨٥٥)، وأخرجه الدارقطني، في كتاب المكاتب، باب النذور، رقم (٤٣٥١) بلفظ (تجاوز)، وكذلك البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الأيمان، باب جامع الأيمان من حنث ناسياً ليمينه أو مكرهاً عليه (٦١/١٠).

قال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه.

وقال السيوطي في الأشباه (٤٠٥/١) بعد أن ذكر شواهده.

هذه شواهد قوية تقضي للحديث بالصحة، وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم (٨٢).

مطلقاً»[١].

فالنسيان يعتبر عذراً في حقوق الله تعالى بالنسبة لرفع الإثم، وأما بالنسبة لترتب الحكم الدنيوي فهو أربعة أقسام[٢]:

الأول: أن يقع النسيان في ترك مأمور، لم يسقط، بل يجب تداركه، ولا يحصل الثواب المترتب عليه لعدم الائتمار[٣].

ومن ذلك من نسي صلاة وجب تداركها بالقضاء.

الثاني: أن يقع في فعل منهي عنه – ليس من باب الإتلاف – فلا شيء فيه[٤]، كمن أكل ناسياً الصوم، فصومه صحيح.

الثالث: أن يقع في فعل منهي عنه، وفيه إتلاف، ففيه الضمان، كما لو أتلف المشتري المبيع قبل القبض ناسياً، فهو قابض في الأظهر[٥].

الرابع: إذا كان الفعل يوجب عقوبة، فإن النسيان شبهة في إسقاطها، كما في الوطء بشبهة، فإن عليه مهر المثل ولا حد[٦].

الخامس: الجهل:

الجهل: "ضد العلم، وهو قسمان: بسيط: وهو أن لا يعلم الإنسان ما من شأنه أن يعلمه، ومركب: وهو أن يعتقد خلاف الواقع"[٧].

وتقدم قول السيوطي: «اعلم أن قاعدة الفقه: أن النسيان والجهل مسقط للإثم مطلقاً»[٨]، وقال: «كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس لم يقبل، إلا أن

---

(١) الأشباه والنظائر (٤٠٥/١).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق (٤٠٩/١).

(٥) انظر: المرجع السابق (٤١٢/١).

(٦) انظر: المرجع السابق (٤٢٠/١).

(٧) التعريفات للجرجاني (١١٣).

(٨) الأشباه والنظائر (٤٠٥/١).

يكون قريب عهد بالإسلام أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك؛ كتحـريم الزنـا، والقتل، والسرقة، والخمر، والكلام في الصلاة....»[١].

وقسم السيوطي الجهل بالنسبة لترتب الحكم الدنيوي عليه إلى أربعة أقسام كما في النسيان، ولذلك فإنه جمع بين الجهل والنسيان تحت قاعدة واحدة سماها قاعدة: "الجهـل والنسيان" وهي:

الأول: أن يقع الجهل في ترك مأمور، فلا يسقط، بل يجب تداركـه، ولا يحـصل الثواب المترتب عليه لعدم الائتمار.

ومثال ذلك: لو صلى بنجاسة لا يعفى عنها، جاهلاً بها فعليه القضاء[٢].

الثاني: أن يقع في فعل منهي عنه – ليس من باب الإتلاف – فلا شيء فيه، كمن ارتكب محظوراً من محظورات الإحرام التي ليست بإتلاف كاللبس والطيب، فلا فديـة عليه[٣].

الثالث: أن يقع في فعل منهي عنه، وفيه إتلاف، ففيه الضمان، كمـا إذا أتلـف المشتري قبل القبض جاهلاً، فهو قابض في الأظهر عند الشافعية[٤].

الرابع: إن كان الفعل يوجب عقوبة، كان الجهل شبهة في إسقاطها، كـالواطئ بشبهة، فإن عليه مهر المثل لإتلاف منفعة البضع، ولا حد[٥].

السادس: العسر وعموم البلوى:

العسر: أن يجد الإنسان مشقة في تجنب الشيء والاحتراز منه[٦]، وعموم البلـوى:

---

(١) الأشباه والنظائر (٤٢٥/١).

(٢) انظر: المرجع السابق (٤٠٥/١).

(٣) انظر: المرجع السابق (٤١٠/١).

(٤) انظر: المرجع السابق (٤١٢/١).

(٥) انظر: المرجع السابق (٤٢٠/١).

(٦) انظر: نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي (١٢٣)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٠٣).

"شيوع البلاء بحيث يصعب على المرء التخلص أو الابتعاد عنه"[١].

ومن ذلك الصلاة مع النجاسة المعفو عنها؛ كدم القروح والدمامل والصديد، ولبس الحرير للحكة والقتال، وبيع نحو الرمان والبيض في قشره، والموصوف في الذمة وهو السلم مع النهي عن بيع الغرر[٢].

السابع: النقص:

والنقص في اللغة خلاف الزيادة، والنقيصة: العيب[٣].

والمراد بالنقص هنا: "النقص القائم بالفعل بالبدن، سواء كان خَلْقياً أو طارئاً"[٤].

فالصغر والجنون من النقص الذي يعد سبباً من أسباب التخفيف.

٥ – تطبيقات القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة كثير من المسائل الفقهية، وقد ذكرت كثيراً من تلك التطبيقات عند بيان أسباب المشقة، واكتفي بذكر بعض التطبيقات[٥]:

١ – جواز بيع الإنسان مال رفيقه وحفظ ثمنه لورثته بدون ولاية ولا وصاية إذا مات في السفر، ولا ثمة قاضٍ.

٢ – جواز فسخ الإجارة بعذر السفر.

٣ – تأخير إقامة الحد على المريض غير حد الرجم إلى أن يبرأ.

٤ – ما لو جهل الشفيع بالبيع فإنه يعذر في تأخير طلب الشفعة.

---

(١) نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي (١٢٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٥٩، ١٦٠).

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (٥/٤٧٠).

(٤) قاعدة: "المشقة تجلب التيسير" للباحسين (٨٤).

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٥٧ – ١٦١).

٦ – القواعد المندرجة تحت القاعدة[1]:

القاعدة الأولى: إذا ضاق الأمر اتسع.

والقاعدة الثانية: إذا اتسع الأمر ضاق[2].

١ – معنى القاعدتين:

هاتان القاعدتان متقابلتان ومعناهما: "أنه إذا ظهرت مشقة في أمر فيرخص فيه ويوسع فإذا زالت المشقة عاد الأمر إلى ما كان"[3].

وهذا شأن الرخص كلها إذا اضطر الإنسان ترخص، وإذا زالت الأسباب الموجبة للترخيص عاد الأمر إلى العزيمة التي كان عليها.

٢ – أدلة هاتين القاعدتين:

لهاتين القاعدتين أدلة من الكتاب والسنة، ومنها:

من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُواْ مِنَ الصَّلاَةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُواْ إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُواْ لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا * وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلاَةَ فَلْتَقُمْ طَآئِفَةٌ مِّنْهُم مَّعَكَ وَلْيَأْخُذُواْ أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُواْ فَلْيَكُونُواْ مِن وَرَآئِكُمْ وَلْتَأْتِ طَآئِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّواْ فَلْيُصَلُّواْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُواْ حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَدَّ الَّذِينَ كَفَرُواْ لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُم مَّيْلَةً وَاحِدَةً وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن كَانَ بِكُمْ أَذًى مِّن مَّطَرٍ أَوْ كُنتُم مَّرْضَى أَن تَضَعُواْ أَسْلِحَتَكُمْ وَخُذُواْ

---

(١) بناء على ما ذكر السيوطي في الأشباه حسب المنهج المتبع في هذه الرسالة.

(٢) انظر: المنثور في القواعد (١/٤٧ – ٤٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٦٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٥)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٢)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٦٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٣٠).

(٣) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٣٠).

حِذْرَكُمْ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَاباً مُّهِيناً * فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَاذْكُرُواْ اللَّهَ قِيَاماً وَقُعُوداً وَعَلَى جُنُوبِكُمْ فَإِذَا اطْمَأْنَنتُمْ فَأَقِيمُواْ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَاباً مَّوْقُوتاً ﴾[1].

ففي الآيتين الأوليين دليل قاعدة: "إذا ضاق الأمر اتسع"، حيث إن الله سبحانه وتعالى خفف على المؤمنين في حال الخوف فأباح لهم قصر الصلاة وتغيير كيفية أدائها وشرع لهم صلاة الخوف، وفي الآية الثالثة دليل قاعدة: "إذا اتسع الأمر ضاق" حيث أمرهم سبحانه عند الاطمئنان وزوال حالة الخوف بإتمام الصلاة وأدائها على كيفيتها الأصلية.

من السنة:

حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (دَفَّ ناس من أهل البادية حضرة الأضاحي في زمان رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: ادخروا الثلث، وتصدقوا بما بقي، فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله ﷺ: يا رسول الله لقد كان الناس ينتفعون من ضحاياهم ويجعلون منها الودك، ويتخذون منها الأسقية، فقال رسول الله ﷺ: وما ذاك؟، قالوا: يا رسول الله نهيت عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال: إنما نهيتكم من أجل الدافة[2] التي دفت عليكم، فكلوا وتصدقوا وادخروا)[3].

فقد نهى رسول الله ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث لما ضاق الأمر على المسلمين للحاجة حينما دفت الدافة، فلما اتسع الأمر وزالت الحاجة رجع الأمر إلى أصله، فأباح لهم الادخار والانتفاع كما كانوا قبل ذلك.

٣ – تطبيقات القاعدتين[4]:

١ – المدين إذا كان معسراً ولا كفيل له بالمال يترك إلى وقت الميسرة، وإذا لم يقدر

---

(١) سورة النساء، الآيات (١٠١ – ١٠٣).

(٢) الدافة: القوم يسيرون جماعة سيراً ليس بالشديد، والمراد: قوم من الأعراب قدموا المدينة عند الأضحى. انظر: النهاية في غريب الحديث (٢/١٢٤).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الأضاحي، باب بيان ما كان في النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء، رقم (١٩٧١).

(٤) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٣٣).

على إيفاء الدين جملة يساعد على تأديته أقساطاً.

٢ - إباحة أكل الميتة للمضطر، أو أكل مال الغير، - على أن يضمنه - حفظاً للحياة.

٣ - جواز الإجارة على الطاعات كتعليم القرآن والأذان والإمامة حفظاً للشعائر من الضياع.

* * *

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»

هذه القاعدة قاعدة فقهية ومقاصدية، فهي قاعدة فقهية، لأنها تنطبق على فروع فقهية، ويمكن أن نقول: إنها قاعدة مقاصدية، لما تنطوي عليه من مقاصد شرعية، ومن هذه المقاصد "تقرير التيسير الشرعي"[1].

كما أنها تعتبر من أوضح مظاهر رفع الحرج في الشريعة[2]، وعلى هذا قد يقال: إنه لا مستثنى منها، لأن في الاستثناء خروجاً من التيسير إلى المشقة، أو من رفع الحرج إلى الحرج، ولذا لم أطلع عند أحد من المتقدمين ذكر مستثنىً من القاعدة، وإنما ذكر ذلك بعض المتأخرين[3] كما سيظهر ذلك في دراسة المسائل، وهي على النحو التالي:

المسألة الأولى: وجوب الزكاة فيما خرج من أرض الصغير والمجنون.

المسألة الثانية: إذا علق الطلاق على شيء ثم فعله ناسياً، وقع الطلاق.

المسألة الثالثة: المشقة المعتادة.

* * *

---

(١) انظر: علم القواعد الشرعية للخادمي (١٦٧).

(٢) انظر: قاعدة المشقة تجلب التيسير للباحسين (٢٤).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٥٩)، علم القواعد الشرعية للخادمي (١٦٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢٦٧).

المسألة الأولى: وجوب الزكاة فيما خرج من أرض الصغير والمجنون[(١)].

النقص من أسباب تخفيف المشقة التي تجلب التيسير[(٢)]، والصغير والمجنون لا تكليف عليهما؛ لحديث علي ﷺ أن النبي ﷺ قال: (رُفِعَ القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل)[(٣)].

وهذه المسألة استثنيت من القاعدة فوجبت الزكاة في الخارج من أرض الصغير والمجنون.

المقصد الأول: حكم المسألة.

الزكاة في مال الصغير والمجنون من غير الخارج من الأرض محل خلاف بين الأئمة الأربعة، وقبل بيان حكم الزكاة في الخارج من أرض الصغير والمجنون أبين أقوال العلماء في حكم الزكاة في مال الصغير والمجنون.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وجوب الزكاة في سائر أموال الصغير والمجنون، وهذا قول المالكية[(٤)]، والشافعية[(٥)]، والحنابلة[(٦)].

---

(١) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢٦٧/١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١٦١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٢).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، رقم (٤٤٠٣)، والترمذي في كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، رقم (١٤٢٣)، والنسائي في السنن الكبرى في كتاب التعزيرات والشهود، باب المجنونة تصيب الحد، رقم (٧٣٤٤)، وأحمد في مسنده (٢٦٦/١)، رقم (٩٥٦)، والحاكم في كتاب الحدود، باب ذكر من رفع عنهم القلم، رقم (٨٢٣٠)، والدار قطني في السنن، كتاب الحدود والديات وغيرها، رقم (٣٢٦٧)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلاة، باب من تجب عليه الصلاة (٨٣/٣).

قال الترمذي: «حسن غريب»، وقال الحاكم: «حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»، وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم (٤٤٠١).

(٤) انظر: مواهب الجليل (١٤٠/٣)، حاشية الخرشي (٤٤٠/٢).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٢)، تحفة المحتاج (٤٨٧/١).

(٦) انظر: المغني (٦٩/٤)، كشاف القناع (١٦٩/٢).

القول الثاني: لا تجب الزكاة إلا في الخارج من الأرض، أما بقية الأموال فلا تجب، وهذا قول الحنفية[١].

أدلة القول الأول:

١ – حديث معاذ بن جبل[٢] ﷺ لما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن فقال له: (فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم)[٣].

وجه الاستدلال: أن لفظة الأغنياء تشمل الصغير والمجنون كما شملتهم لفظة الفقراء[٤].

٢ – قول عمر بن الخطاب ﷺ: (ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة)[٥].

٣ – "أن الزكاة تراد لثواب المزكي ومواساة الفقير، والصبي والمجنون من أهل الثواب ومن أهل المواساة"[٦].

أدلة القول الثاني:

استدل الحنفية على عدم وجوب الزكاة من مال الصغير والمجنون بالآتي:

١ – حديث علي ﷺ أن النبي ﷺ قال: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل)[٧].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/٤)، حاشية ابن عابدين (٣/١٧٣).

(٢) أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ بن كعب الأنصاري الخزرجي، كان أعلم الأمة بالحلال والحرام، شهد المشاهد كلها، وأمره النبي ﷺ على اليمن توفي سنة ١٨هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (١/٤٤٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (٦/١٠٦)، الأعلام (٧/٢٥٨).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة رقم (١٣٩٥)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين رقم (١٩).

(٤) انظر: كشاف القناع (٢/١٦٩).

(٥) أخرجه الدارقطني في كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، رقم (١٩٧٣)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الزكاة، باب من تجب عليه الصدقة (٤/١٠٧).

(٦) المجموع (٥/٢٨١).

(٧) تقدم تخريجه ص (١٧٤).

وجه الاستدلال:

أن رفع القلم كناية عن سقوط التكليف، إذ إن التكليف لمن يفهم خطاب الشارع، والصغر والجنون حائل دون ذلك[١].

٢ – إن الزكاة عبادة محضة والمجنون والصغير غير مخاطبين بها، لأنها لا تتأدى إلا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء، ولا اختيار لهما لعدم العقل[٢].

واستدلوا على وجوبها في الخارج من الأرض بالآتي:

١ – وجوب العشر فيما خرج من الأرض لأنه في معنى مؤنة الأرض ومعنى العبادة فيه تابع[٣]، إذ إن سبب وجوب العشر الأرض النامية بالخارج، فباعتبار الأرض وهي الأصل كانت المؤنة أصلاً، وباعتبار الخارج وهو وصف الأرض كان شبهها بالزكاة والوصف تابع للموصوف فكان معنى العبادة تابعاً[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، القائل بأن الزكاة واجبة في سائر أموال الصغير والمجنون؛ لأن من وجب العشر في زرعه وجب ربع العشر في ورقه كالبالغ العاقل، ولأن الزكاة حق يتعلق بالمال، فأشبه نفقة الأقارب والزوجات وقيم المتلفات، وأما حديث علي ﷺ: (رفع القلم عن ثلاثة...)[٥]، أريد به رفع الإثم والعبادات البدنية، بدليل وجوب العشر وصدقة الفطر والحقوق المالية[٦].

وبعد عرض هذا الخلاف يتبين أن مسألة وجوب الزكاة فيما خرج من أرض الصغير والمجنون، اتفق عليها الأئمة الأربعة، وأن العشر واجب في الخارج من أرضهما،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/٥).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٢/١٥٧)، حاشية ابن عابدين (٣/١٧٣).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٢/١٥٨).

(٤) انظر: العناية على الهداية (٢/١٥٨).

(٥) تقدم تخريجه ص (١٧٤).

(٦) انظر: المغني (٤/٧١).

يخرجه عنهما الولي، وتعتبر نية الولي في الإخراج كما تعتبر النية من رب المال[١].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

من أسباب تخفيف المشقة التي تجلب التيسير النقص، ومن ذلك عدم تكليف الصغير والمجنون، إذ إن شرط التكليف: العقل، وفهم الخطاب فلا تكليف على صبي ولا مجنون[٢]؛ لأن التكليف من الله تعالى، والله تعالى وضع عنهم طلب الأفعال و لم يوقعهم في هذه الكلفة[٣].

والأصل في ذلك حديث علي ﷺ: (رفع القلم عن ثلاثة...)[٤]، "أما الحقوق المالية التي تجب عليهم؛ فليس فيها إلزام فعل ولا إيقاع لهم في كلفة ومشقة، إنما الإيجاب عليهم يلاقي ذممهم ولهم ذمم صحيحة، وأما فعل الأداء الذي هو كلفة ومشقة فهو متوجه على الأولياء"[٥].

فإيجاب الزكاة في مال الصبي والمجنون بخطاب الوضع لا بخطاب التكليف، فالأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط، وتنتفي بوجود المانع وانتفاء الأسباب والشروط، فإذا وجد النصاب الذي هو سبب وجوب الزكاة، والحول الذي هو شرطه، فقد وجبت الزكاة[٦].

فإيجاب الزكاة في الخارج من أرض الصغير والمجنون ليس بخطاب التكليف وإنما بخطاب الوضع الذي لا يشترط فيه بلوغ ولا عقل، فلا تأثير إذاً لنقص الصغير والمجنون، وعلى هذه لا تعتبر هذه المسألة مندرجة تحت القاعدة.

---

(١) انظر: المغني (٧١/٤).

(٢) انظر: القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (١٥).

(٣) انظر: قواطع الأدلة في أصول الفقه للسمعاني (٢١٨/١).

(٤) تقدم تخريجه ص (١٧٤).

(٥) قواطع الأدلة في أصول الفقه للسمعاني (٢١٨/١، ٢١٩).

(٦) انظر: شرح الكوكب المنير (٤٣٥/١).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

إن التخفيف بسبب النقص لا يؤثر في خطاب الوضع، وهذا ما قرره من اعتبر هذه المسألة من مستثنيات قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"[١]، فلا وجه لدخول هـذه المسألة تحت القاعدة فضلاً عن أن تكون مستثناة منها، وقد سبق بيانه في المقصد السابق[٢].

* * *

---

(١) انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٢٦٧).

(٢) انظر: ص (١٧٧).

المسألة الثانية: إذا علق الطلاق على شيء ثم فعله ناسياً التعليق، وقع الطلاق[١].

تعريف الطلاق:

الطلاق في اللغة: التخلية والإرسال، يقال: طَلَقَ طُلُوقاً وطَلاقاً: تحرر من قيده[٢].

واصطلاحاً: "حل قيد النكاح أو بعضه"[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا علق الطلاق على شيء؛ كأن يقول: إن دخلتُ – بضم التاء – الدار فأنت طالق، ثم دخل الدار ناسياً، اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إن الطلاق لا يقع، وهذا هو الصحيح عند الشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: إن الطلاق يقع، وهذا قول الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، وقول عند الشافعية[٨]، ورواية عند الحنابلة هي المذهب[٩].

دليل القول الأول:

حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٥٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢٦٧/١).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٤٢٠/٣)، المصباح المنير (٣٧٦/٢).

(٣) كشاف القناع (٢٦١/٥).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٦٨/٨)، نهاية المحتاج (٣٦/٧).

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٥٨٢/٢٢)، الإنصاف (٥٨٣/٢٢).

(٦) انظر: شرح فتح القدير (٦٤/٥)، حاشية ابن عابدين (٤٤٩/٤).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٤٤٦/٤)، حاشية الدسوقي (١٢٦/٢).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٦٨/٨)، نهاية المحتاج (٣٦/٧).

(٩) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٥٨٢/٢٢)، كشاف القناع (٣٦١/٥).

والنسيان، وما استكرهوا عليه)[١].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن الله لا يؤاخذ بالنسيان، ومقتضاه رفع الحكم، فيعم كل حكم، إلا ما قام الدليل على استثنائه كقيم المتلفات[٢].

أدلة القول الثاني:

١ – إن الفعل شرط الوقوع، والفعل الحقيقي لا ينعدم بالنسيان[٣].

٢ – إن الطلاق يتعلق به حق آدمي، فيتعلق الحكم به مع النسيان كالإتلاف[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لقوله تعالى: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾[٥]، ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما فإنه عام في كل نسيان.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

من أسباب تخفيف المشقة التي تجلب التيسير النسيان[٦].

والنسيان: "عدم الاستحضار للشيء وقت الحاجة إليه"[٧].

والدليل على اعتبار النسيان سبباً من أسباب المشقة الموجبة للتيسير حديث عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[٨].

---

(١) تقدم تخريجه ص (١٦٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٣/٣٢٦).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٥/٩٥).

(٤) انظر: المغني (١٣/٤٩٧).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٨٦).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٥٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٧).

(٧) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج (٢/٢٠٦).

(٨) تقدم تخريجه ص (١٦٦).

فدخول هذه المسألة تحت القاعدة لحصول نسيان التعليق، والنسيان من الأعذار التي تجاوز الله ﷻ بها عن المكلف، وعلى رأي من قال بعدم الوقوع تعتبر هذه المسألة من فروعها، وأما على القول الثاني القائل بوقوع الطلاق فإنها تعتبر مستثناة منها.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزرقاء من القاعدة[١]، ولم يذكر سبب الاستثناء، وبتأمل دليل من قال بعدم الوقوع، وهو حديث ابن عباس رضي الله عنهما، فإن هذا الحديث فيه دلالة على سقوط الإثم بالنسيان وهذا بالاتفاق[٢]، ويعم كل حكم إلا ما قام الدليل على استثنائه كقيم المتلفات[٣]، خلافاً للحنفية فإنهم قالوا: «إن الحديث من باب المقتضى[٤] ولا عموم له، ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة، بل إما أحكام الدنيا، وإما أحكام الآخرة، والإجماع على أحكام الآخرة وهو المؤاخذة، فلا يراد الآخر وإلا عمم»[٥].

وبناء على ما قرره الأحناف فإن النسيان لا أثر له عندهم في تخفيف المشقة في الأحكام الدنيوية؛ ومنها مسألة التعليق، وعلى هذا لا يظهر وجاهة القول بالاستثناء من قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، لعدم دخولها تحت القاعدة، إذ إن سبب التخفيف لم يعتبر عندهم في هذه المسألة.

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية (١٥٩).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٤٨٩/٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٥).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣٢٦/٣).

(٤) المقتضي بكسر الضاد، هو اللفظ الطالب للإضمار، بمعنى أن اللفظ لا يستقيم إلا بإضمار شيء، وهناك مضمرات متعددة فهل تقدر جميعها أو يكتفى بواحد منها وذلك التقدير هو المقتضى بفتح الضاد.
انظر: إرشاد الفحول (٤٧٢/١).

(٥) شرح فتح القدير (٤٨٨/٣، ٤٨٩).

المسألة الثالثة: المشقة المعتادة(١).

المشقة المعتادة هي: "المشقة الطبيعية التي يستطيع الإنسان تحملها دون إلحاق ضرر به"(٢).

فهذه المشقة لا تنفك العبادة عنها كمشقة الوضوء والغسل في شدة البرد، وكمشقة الصلاة في الحر أو البرد ولاسيما صلاة الفجر، وكمشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار وغيرها.

المقصد الأول: حكم المسألة:

هذه المشقة لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات.

قال العز بن عبد السلام: «فهذه المشاق كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات ولا في تخفيفها، لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات أو في غالب الأوقات، ولفات ما رتب عليها من المثوبات الباقيات ما دامت الأرض والسموات»(٣).

وقال ابن القيم: «وإن كانت المشقة مشقة تعب، فمصالح الدنيا والآخرة منوطة بالتعب، ولا راحة لمن لا تعب له، بل على قدر التعب تكون الراحة»(٤).

وقال أبو عبد الله المقري: «الحرج اللازم للفعل لا يسقطه، كالتعرض إلى القتل في الجهاد؛ لأنه قدر معه»(٥).

إذاً هذا القدر في المشقة ليس مانعاً من التكليف، فالكلفة والمشقة التي هي الأوامر الشرعية والظروف العادية هي كُلَفُ معتادة لا يمتنع التكليف معها، وهي داخلة في

---

(١) انظر: علم القواعد الشرعية للخادمي (١٦٥).

(٢) نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي (١٩٦).

(٣) قواعد الأحكام (٧/٢).

(٤) إعلام الموقعين (١٣١/٢).

(٥) القواعد (٣٢٦/١).

حدود الاستطاعة والوسع المذكور في قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[(١)].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

لا يخلو أي عمل مطلوب شرعاً من مشقة، لكن المشقة التي تجلب التيسير هي المشقة التي تتجاوز الحدود العادية، والعمل يؤدي الدوام عليه إلى الانقطاع عنه أو عن بعضه، أو يؤدي إلى خلل في صاحبه في نفسه أو ماله[(٢)]، والتي يتحقق فيها واحد من أسباب التخفيف السبعة: السفر، والمرض، والإكراه، والنسيان، والجهل، والعسر، وعموم البلوى، والنقص[(٣)].

لذا فإن هذه المشقة المعتادة لا تندرج تحت قاعدة: "المشقة تجلب التيسير".

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الخادمي[(٤)] من قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، وذكر أن سبب الاستثناء قاعدة: "تقرير الامتثال والعبادة في النفس والواقع"[(٥)]، إذ إن مقتضى الامتثال لأوامر الله ﷻ القيام بهذه العبادات مع ما فيها من المشاق المعتادة.

والذي يظهر أن المسألة ليست مستثناة من القاعدة لعدم دخولها تحت القاعدة كما سبق بيانه في المقصد السابق.

* * *

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٨٦).

(٢) انظر: الموافقات (٢/٩٤).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٥٨ – ١٦١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٧ – ١٠٢).

(٤) نور الدين مختار الخادمي، أستاذ الفقه والأصول والقواعد والمقاصد في جامعة الزيتونة بتونس (معاصر)، له مؤلفات منها: تحقيق كتاب الإشارات في أصول الفقه المالكي لأبي الوليد الباجي، وتعليم علم الأصول، وعلم المقاصد الشرعية، وعلم القواعد الشرعية. انظر: مقدمة علم القواعد الشرعية (٢٩).

(٥) انظر: علم القواعد الشرعية (١٦٧).

الفصل الرابع

المستثنيات من قاعدة: "الضرر يزال"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الضرر يزال"، والقواعد المندرجة تحتها.

* * *

قاعدة: «الضرر يزال»[١] أو «لا ضرر ولا ضرار»[٢]

التمهيد في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها:

إن قاعدة: "الضرر يزال" من القواعد الخمس الكبرى، ومن القواعد المهمة في الفقه الإسلامي والتي يبنى عليها كثير من أبواب الفقه[٣].

وتتضمن نصف الفقه من جهة أن الأحكام إما لجلب مصلحة أو لدفع مضرة، ويدخل فيها ما يتعلق بالضرورات الخمس: وهي حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال، وترجع إلى تحصيل المقاصد وتقديرها بدفع المفاسد أو تخفيفها[٤].

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الضرر في اللغة: مأخوذ من ضرَّ، قال ابن فارس: "(الضاء والراء) ثلاثة أصول: الأول خلاف النفع، والثاني اجتماع الشيء، والثالث القوة"[٥].

وفي الاصطلاح: "الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعدياً أو تعسفاً أو

---

(١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/١٢٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٤١)، القواعد للحصني (/٣٣٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٦٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٥)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/٨٠١)، الفوائد الجلية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢٦٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٦٨)، علم القواعد الشرعية للخادمي (١٧١)، القواعد الفقهية لعزام (١٢٦)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٦٣).

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة (١٩)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٢)، شرح المجلة للأتاسي (١/٥٢)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٦٥)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٥١)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١٩٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٦٦).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٦٣).

(٥) مقاييس اللغة (٣/٣٦٠).

إهمالاً"[١].

الإزالة: من زول: قال ابن فارس: «الزاء والواو واللام أصل واحد يدل على تنحي الشيء عن مكانه»، يقولون: «زال الشيء زوالاً، وزالت الشمس عن كبد السماء تزول»، ويقال: «أزلته عن مكانه وزوّلته عنه»[٢].

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للإزالة عن المعنى اللغوي لها، قال صاحبا معجم لغة الفقهاء: «الإزالة: التنحية والإذهاب»[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة أساس لمنع الفعل الضار عن النفس والغير ورفعه، فيوجب ذلك منعه وتحريمه مطلقاً ويشمل ذلك: الضرر العام والخاص، وأيضاً: دفع الضرر قبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنة، كما يشمل أيضاً: رفعه بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره[٤].

وهذه القاعدة مقيدة بقاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"، وسيأتي بيانها في القواعد المندرجة تحت هذه القاعدة.

٢ – أدلة القاعدة:

تستند هذه القاعدة إلى نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وفيما يلي ذكر تلك الأدلة:

– من الكتاب:

وردت آيات تدل على النهي عن الضرر والمضارة: كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ

---

(١) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي (١/٩٧).

(٢) مقاييس اللغة (٣/٣٨).

(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي (٣٦).

(٤) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٦٥).

ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا ﴾[2].

وقولـــه: ﴿ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾[3]، وقولـــه: ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا ﴾[4].

فقد دلت هذه الآيات على تحريم الضرر ومنعه، وأنه من قبيل الفساد في الأرض.

- من السنة:

١ - حديث أبي سعيد الخدري[5] ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (لا ضـــرر ولا ضرار)[6].

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٣١).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٨٢).

(٤) سورة الأعراف، الآية (٥٦).

(٥) أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري الأنصاري الخزرجي، شهد الخندق وما بعدها، وكـــان أحـــد الفقهاء المجتهدين، روى أحاديث كثيرة، توفي سنة ٧٤هـــ.
انظر: سير أعلام النبلاء (١٦٨/٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (٨٥/٣)، الأعلام (٨٧/٣).

(٦) أخرجه الحاكم في كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة، رقم (٢٣٩٢)، والدار قطني في كتاب البيوع، باب الجعالة، رقم (٣٠٧٩)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار (٦٩/٦).
قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم و لم يخرجاه».
وللحديث شواهد:
حديث عبادة بن الصامت عند ابن ماجه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقـــم (٢٣٤٠)، صححه الألباني في صحيح وضعيف سنن ابن ماجة، رقم (٢٣٤٠).
وحديث ابن عباس عند ابن ماجه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم (٢٣٤١)، والطبراني في المعجم الكبير (١٨٢/١١)، رقم (١١٥٧٦).
وحديث عائشة عند الطبراني في الأوسط (٩٠/١)، رقم (٢٦٨)، وحديث عمر بن يحيى المازني عن أبيـــه عند مالك، باب القضاء في المرافق رقم (٢٨٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلح، بـــاب لا ضرر ولا ضرار (٧٠/٦)، وحديث ثعلبة بن أبي مالك عند الطبراني في المعجم الكـــبير (٨٦/٢)، رقـــم (٣٨٧).
وحديث جابر عند الطبراني في الأوسط (٢٣٨/٥)، رقم (٥١٩٣).

هذا الحديث أصل هذه القاعدة، وهو من جوامع الكلم، والفرق بين الضرر والضرار، "الضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والضرار: إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة"[١].

فالحديث يدل على عدم جواز إلحاق الضرر والضرار بالغير.

٢ – حديث أبي هريرة ﷺ، أن النبي ﷺ قال: (كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه)[٢].

فهذا الحديث يدل على تحريم إلحاق الضرر بالغير سواء في نفسه أو ماله أو عرضه.

٣ – تطبيقات القاعدة:

يتفرع من هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه، ولذا فإن تطبيقاتها تفوق الحصر، وسأكتفي بذكر بعضها.

١ – بعض الخيارات، كخيارات الرؤية وخيار الشرط، فإن الأول شرع لدفع الضرر عن المشتري بدخول ما لا يلائمه في ملكه، والثاني شرع للحاجة إلى التروي لئلا يقع في ضرر الغبن[٣].

٢ – للشريك الذي أنفق على صيانة الملك المشترك حبس العين تحت تصرفه حتى يستوفي قيمة النفقات التي أنفقها[٤].

٣ – إذا سلط شخص ميزاب بيته على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال[٥].

---

(١) فتح المبين بشرح الأربعين لابن حجر الهيتمي (٢٣٧).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وماله وعرضه، رقم (٢٥٦٤).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٦٦).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٧٩).

(٥) انظر: المرجع السابق.

٤ – إن المعروفين بالدعارة والفساد يستدام حبسهم حتى تظهر توبتهم[١].

٤ – القواعد المندرجة تحت القاعدة:

ذكر السيوطي ست قواعد فرعية مندرجة تحت قاعدة: "الضرر يزال"[٢] وهي على النحو التالي:

الأولى: "الضرورات تبيح المحظورات؛ بشرط عدم نقصانها عنها".

الثانية: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها".

الثالثة: "الضرر لا يزال بالضرر".

الرابعة: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما".

الخامسة: "درء المفاسد أولى من جلب المصالح".

السادسة: "الحاجة: تتزل متزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة".

القاعدة الأولى: "الضرورات تبيح المحظورات، بشرط عدم نقصانها عنها"[٣].

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الضرورة في اللغة: اسم من الاضطرار، فيقال: اضطره إلى كذا بمعنى ألجأه إليه، وليس له منه بد، وضره إلى كذا بمعنى ألجأه[٤].

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٥٥).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٦٨ – ١٩٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي(١/٤٥)، المنثور (٢/٦٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٦٨)، إيضاح المسالك للونشريسي (١٣٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٧)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٢/٨٠٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٣)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٨٥)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢٦٩)، إيضاح القواعد الفقهية لعزام (١٢٣)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٢٣).

(٤) انظر: المصباح المنير (٤٩٢).

والضرورة في الاصطلاح: "الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً"[١].

تبيح: فعل مضارع لفعل أباح، ومعنى أباح أجاز وأذن، ومصدر أباح إباحة، والإباحة هي إحدى أنواع الحكم الشرعي التكليفي، ويراد بها "التسوية بين الفعل والترك"[٢].

المحظورات في اللغة: جمع محظور: "وهو الحرام المنهي عن فعله"[٣].

وفي الاصطلاح: "هو ما ينتهض فعله سبباً للذم شرعاً بوجه ما من حيث هو فعل له"[٤].

المعنى الإجمالي: أن حالات الاضطرار أو الحاجة الشديدة تجيز ارتكاب المحظور شرعاً، لكن ليس كل من يدعي أنه مضطر إلى ارتكاب المحظور يقبل منه ذلك، بل لابد من توافر عدة شروط وهي:

الشرط الأول: أن تكون الضرورة قائمة غير منتظرة.

الشرط الثاني: أن يتعين على المضطر ارتكاب المحظور، بأن لا تكون وسيلة أخرى من المباحات لدفع الاضطرار.

الشرط الثالث: أن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة على القدر الكافي لدفع حالة الضرورة، ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: "الضرورة تقدر بقدرها".

الشرط الرابع: أن يكون الضرر المترتب على ارتكاب المحظور أقل من الضرر المترتب على وجود حالة الضرورة، كما قال السيوطي: «إن الضرورات تبيح المحظورات، بشرط عدم نقصانها عنها»[٥].

الشرط الخامس: أن لا يخالف المضطر المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية من تحقيق العدل وحفظ حقوق الآخرين، والمحافظة على أصول الدين[٦].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٤/١).

(٢) التعريفات للجرجاني (٢٤٩).

(٣) المصباح المنير (١٩٤).

(٤) الإحكام للآمدي (١١٣/١).

(٥) الأشباه والنظائر (١٦٨/١).

(٦) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢١٤).

٢ – دليل القاعدة:

دليل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[(١)].

وجه الاستدلال: في الآية دلالة على أن الأمور التي فصلها الله تعالى في كتابه محرمة لا يجوز إتيانها إلا من كان مضطراً فإنه يجوز له تناول المحرم.

٣ – تطبيقات القاعدة:

يندرج تحت هذه القاعدة فروع كثيرة منها[(٢)]:

١ – جواز أكل الميتة عند المخمصة.

٢ – جواز إساغة اللقمة بالخمر إذا لم يجد غيره.

٣ – التلفظ بكلمة الكفر للإكراه.

٤ – دفع الصائل ولو أدى إلى قتله.

القاعدة الثانية: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"[(٣)].

هذه القاعدة مرتبطة بالقاعدة الأم: "الضرر يزال" ولها ارتباط بقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" فمضمون هذه أن الضرورات تبيح المحظورات مطلقاً، فجاءت القاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها" للتنبيه على أن الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها، أي لابد أن تقدر الضرورة بقدرها، وما زاد على قدر الضرورة فباق على الحظر[(٤)].

---

(١) سورة الأنعام، الآية (١١٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٦٨، ١٦٩).

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٤٦)، بلفظ "متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها"، المنثور (١/٧٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٧٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٧)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (١/٥٨٦)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٤)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٨٧)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢٧١)، علم القواعد الشرعية للخادمي (٢٠٦)، والقواعد الفقهية لعزام (١٥١)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٢٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٦٨١).

(٤) انظر: القواعد الفقهية لعزام (١٥١).

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

القدر: من قدرت الشيء قدراً وأصله في اللغة يدل على مبلغ الشيء وكنهه ونهايته، فالقدر مبلغ كل شيء، يقال: قَدْره كذا، أي مبلغه، وكذلك القَدَر[١].

المعنى الإجمالي:

"إن الشيء الذي يباح بناؤه على الضرورة يجوز إجراؤه بالقدر الكافي لإزالة الضرورة فقط، ولا يجوز استباحة ما هو أكثر مما تزول به الضرورة"[٢].

٢ – دليل القاعدة:

الأصل الذي ثبتت به هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٤].

فقد حرم الله الأكل من الميتة إلا عند الضرورة، فيباح الأكل على مقدار سد الرمق، لأن ما بعد سد الرمق غير مضطر إليه، فلا يباح[٥].

٣ – تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة:

١ – المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق عند الشافعية[٦].

٢ – لا يجوز للطبيب أن ينظر إلى العورة إلا بقدر الحاجة[٧].

---

(١) انظر: مقاييس اللغة (٥/٦٢).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٤).

(٣) سورة الأنعام، الآية (١٤٥).

(٤) سورة المائدة، الآية (٣).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٧٠)، القواعد الفقهية لعزام (١٥١).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٧٠).

(٧) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٢٢).

٣ – يجوز أكل البهائم من نبات الحرم، ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف[١].

٤ – لا يجوز تزويج المجنون أكثر من واحدة لاندفاع الحاجة بها[٢].

القاعدة الثالثة: "الضرر لا يزال بالضرر"[٣].

هذه القاعدة تعتبر قيداً لقاعدة: "الضرر يزال" فشأنها معها شأن الأخص مع الأعم[٤].

فالأخص: الضرر لا يزال بالضرر، والأعم: الضرر يزال، فكلما تحقق الأخص: الضرر لا يزال بالضرر، تحقق الأعم: الضرر يزال، فإن أزيل الضرر بالضرر فالضرر موجود[٥].

١ – معنى القاعدة:

إن الضرر لا يزال بمثله، ولا بأكثر منه بالأولى، بل يشترط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن، وإلا فبالأخف منه[٦].

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – لا يجوز للمضطر أن يأكل طعام مضطر آخر[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١٧١/١).

(٢) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٦٩).

(٣) انظر: المنثور في القواعد (٧١/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٧٨/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٨)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٨٠٧/٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٥/١) بلفظ: "الضرر لا يزل بمثله"، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٩٥)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية (٢٧٨/١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٥٩)، القواعد الفقهية لعزام (١٣٨)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (١٨٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢١٥).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤١/١).

(٥) انظر: القواعد الفقهية لعزام (١٣٨).

(٦) انظر: القواعد الفقهية لعزام (١٣٨)، القواعد الكلية والضوابط الفقهيـة في الشريعة الإسلامية لشبير (١٨٥).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١٧٨/١).

٢ – إذا تسبب فتح دكان بتقليل ربح صاحب دكان مجاور أو خسارته لانصراف الناس عن الشراء من الدكان الأول القديم، فلا يغلق الدكان الثاني الجديد؛ لأن الضرر لا يزال بمثله[١].

٣ – لا يجوز للإنسان أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره[٢].

القاعدة الرابعة: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"[٣].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: "الضرر يزال" باعتبار أنه يوجد في القاعدة الفرعية دفع ضرر أعظم.

١ – معنى القاعدة:

أن الأمر المتردد بين ضررين إذا كان أحدهما أشد من الآخر، فإنه يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد، ومراعاة أعظمهما تكون بإزالته، لأن المفاسد تراعى نفياً، كما أن المصالح تراعى إثباتاً[٤].

٢ – دليل القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة: بحديث أنس بن مالك ﷺ، قال: جاء أعرابي فبال في طائفة

---

(١) انظر: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٩٠).

(٢) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢١٥/١).

(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (٧٩/١)، ولفظه: "إذا اجتمعت المفاسد المحضة فإن أمكن درؤها: درأنا وإن تعذر درء الجميع: درأنا الأفسد فالأفسد"، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤٧/١)، المنثور (٢١٠/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٨٨/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١١١)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٢٨٧/١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٧/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٠١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢٧٩/١)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٩٦)، القواعد الفقهية لعزام (١٦٠)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٨٣).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٠١)، القواعد الفقهية لعزام (١٦٠).

المسجد، فزجره الناس، فنهاهم النبي ﷺ، فلما قضى بوله أمر النبي ﷺ بذنوب من ماء فأهريق عليه[١].

فإن النبي ﷺ نهى عن زجره تفادياً لحدوث ضرر أشد؛ لأنه قد يكون سبب ردته من الإسلام، ولأنه قد شرع في المفسدة بحصول تلويث جزء من المسجد، فلو منع لدار بين أمرين: إما أن يقطعه فيتضرر، وإما أن لا يقطعه فلا يأمن من تنجيس بدنه أو ثوبه أو مواضع أخرى من المسجد[٢].

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته[٣].

٢ – جواز إلقاء حمل السفينة من بضائع دفعاً لمفسدة هلاك الآدميين[٤].

٣ – جواز الحجر على المدين المفلس دفعاً للضرر عن الدائنين[٥].

القاعدة الخامسة: "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"[٦].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: "الضرر يزال"، لأنه عند الموازنة بين المصالح والمفاسد تعتبر المصالح إذا كانت غالبة فتقدم على المفاسد، وتقدم المفاسد إذا كانت

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب ترك النبي ﷺ والناس الأعرابي حتى فرغ من بوله في المسجد، رقم (٢١٩)، ومسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد، رقم (٢٨٤).

(٢) انظر: فتح الباري (٣٢٣/١).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٠٢).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٨٤).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (٨٣/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٠٥/١)، القواعد للمقري (٤٤٣/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٨٨/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١١٣)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٦٩١/٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٧/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٠٥)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٩٩)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٦٥)، القواعد الفقهية لعزام (١٤٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٨٢).

غالبة، أما عند التساوي بين المصالح والمفاسد فتقدم المفاسد على المصالح، أي يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح[١]، وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

١ – معنى القاعدة:

إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، فدفع المفسدة مقدم في الغالب، إلا أن تكون المفسدة مغلوبة؛ لأن اعتناء الشرع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات[٢].

٢ – دليل القاعدة:

قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾[٣].

وجه الاستدلال:

أن في سب آلهة الكفار مصلحة وهي تحقير دينهم وإهانتهم لشركهم بالله سبحانه، ولكن لما تضمن ذلك مفسدة وهي مقابلتهم السب بسب الله ﷻ نهى الله سبحانه وتعالى عن سبهم درءاً لهذه المفسدة[٤].

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة، وتكره للصائم[٥].

٢ – ليس للجار أن يفتح كوة تشرف على مقر نساء جاره، بل يكلف أن يتخذ فيها ما يقطع النظر[٦].

٣ – قطع اليد المتآكلة عند استواء الخوف من قطعها والخوف من إبقائها[٧].

---

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/١٣٦)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٨٢).

(٢) انظر: ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/٦٩٢).

(٣) سورة الأنعام، الآية: (١٠٨).

(٤) انظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن (٩/٤٨٠)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٦٥).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٨٩).

(٦) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٠٥).

(٧) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٨٣).

القاعدة السادسة: "الحاجة: تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت، أو خاصة"[١].

١ – معنى القاعدة:

الضرورة: "الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً"[٢].

والحاجة: "ما يفتقر إليه من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب"[٣].

والفرق بين الضرورة والحاجة:

الفرق الأول: الضرورة أشد باعثاً من الحاجة؛ لأن الضرورة حالة ملجئة تستدعي فعل المحظور لحماية الضروريات الخمس، ولا يسع الإنسان التخلص منها إلا بارتكاب المحظور، أما الحاجة فهي تستدعي التوسع والتسهيل على الإنسان، ويسع الإنسان التخلص منها لكن مع ضيق وحرج.

الفرق الثاني: الضرورة يثبت بها حكم مؤقت بمدة قيام الضرورة، أما الحاجة فيثبت بها حكم دائم ومستمر ويستفيد منها المحتاج وغيره[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع من الناس أو خاصة بشخص ما نُزِّلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخص لأجلها[٥].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢٧٧/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٩٠/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١١٤)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٦٢٥/١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٨/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٠٩)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٧٥)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٤٢)، القواعد الفقهية لعزام (١٦٤)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢١٤).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٤/١).

(٣) الموافقات (٩/٢).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢١٦).

(٥) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٤٢).

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة ونحوها، جوزت على خلاف القياس، لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفي الثانية من الجهالـــة، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة[١].

٢ – تضبيب الإناء بالفضة: يجوز للحاجة ولا يعتبر العجز عن غير الفضة[٢].

٣ – جواز ترجمة معاني القرآن إلى اللغات غير العربية نظراً لحاجة الناس إلى معرفة الأحكام والدعوة إلى الإسلام[٣].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٩١).

(٢) انظر: المرجع السابق (١/١٩٢).

(٣) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢١٧).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الضرر يزال"

إن تحريم الضرر معلوم عقلاً وشرعاً إلا ما دل الشرع على إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة، وذلك مثل إقامة الحدود ونحوها[1]، وفي حديث: (لا ضـــرر ولا ضرار)[2]، نفي إيقاع سائر أنواع الضرر شرعاً.

وعلى هذا لا يرد على قاعدة: "الضرر يزال"، استثناء وإنما الاستثناء يـــرد علـــى القواعد المندرجة تحتها و لم أقف على مستثنيات من القاعدة إلا مسألتين ذكرهما الخادمي وهما: إقامة الحدود والقصاص، والضرر العادي[3]، وفي الحقيقة أن الأولى مستثناة مـــن قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"، والثانية ليست داخلة تحت القاعدة.

وأما المستثنيات من القواعد المندرجة تحت القاعدة فيأتي بيانها في المطالب التالية:

المطلب الأول: المستثنيات من قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها".

المطلب الثاني: المستثنيات من قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر".

* * *

---

(١) انظر: سبل السلام (٣/٩٢٨).

(٢) تقدم تخريجه ص (١٨٧).

(٣) انظر: علم القواعد الشرعية للخادمي (١٧٤).

المطلب الأول

المستثنيات من قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"

المستثنيات من هذه القاعدة ثلاث مسائل ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر[١]، وفي معنى القاعدة قاعدة ذكرها ابن السبكي[٢] وهي: «متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها»[٣]، وذكر ثلاث مسائل مستثناة منها.

وهذه المسائل على النحو التالي:

المسألة الأولى: العرايا أبيحت للفقراء ثم جازت للأغنياء.

المسألة الثانية: الخلع: شرع مع المرأة على سبيل الرخصة، ثم جاز مع الأجنبي.

المسألة الثالثة: اللعان: شُرع حيث تعسر إقامة البينة على زنا الزوجة، ثم جاز حيث يمكن.

المسألة الرابعة: من أكره على الطلاق وأمكنه التورية فلم يفعل.

المسألة الخامسة: من اطلع على دار بغير إذن صاحبها، فإن لصاحب الدار رميه قبل إنذاره.

المسألة السادسة: من وجد رجلاً يزني بامرأته، فله دفعه بالقتل وإن دُفع بدونه.

* * *

---

(١) انظر: (١/١٧٥).

(٢) أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي، ونسبته إلى سبك (من أعمال المنوفية بمصر) ابن شيخ الإسلام تقي الدين أبي الحسن السبكي، عمل قاضياً وانتهت إليه رئاسة القضاء والمناصب بالشام، له مؤلفات منها: جمع الجوامع، الأشباه والنظائر، طبقات الشافعية الكبرى، توفي سنة (٧٧١هـ). انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٣/١٠٤)، شذرات الذهب (٦/٢٢١)، الأعلام (٤/١٨٤).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٤٧).

المسألة الأولى: العرايا أبيحت للفقراء، ثم جازت للأغنياء(١).

إن من البيوع المنهي عنها المزابنة: وهي في اللغة: مفاعلة من الزبن، وهو الدفع"(٢)، وفي الاصطلاح: "بيع الرطب على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله تقديراً"(٣).

ودل على تحريمها أدلة من السنة والإجماع:

من السنة:

١ – حديث عبد الله بن عمر ﷺ قال: (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة؛ أن يبيع تمر حائطه إن كان نخلاً بتمر كيلاً، وإن كان كرماً أن يبيعه بزبيب كيلاً، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام، نهى عن ذلك كله)(٤).

٢ – حديث أبي سعيد الخدري ﷺ قال: (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة(٥)، والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل)(٦).

من الإجماع:

أجمع العلماء على تحريم المزابنة، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على النهي عن بيع المحاقلة والمزابنة»(٧).

ومع تحريم المزابنة فإنه ورد الترخيص في العرايا استثناء من حكم المزابنة، وقبل بيان حكم العرايا أبين تعريف العرايا عند المذاهب الأربعة، لأن الاختلاف في تعريف العرايا يترتب عليه الاختلاف في الحكم:

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٧٥)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢٧٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٦٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (٢٢٢)، القواعد الفقهية لعزام (١٥١).

(٢) انظر: المصباح المنير (١/٢٥١).

(٣) التعريفات للجرجاني (٢٦٥).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع المزابنة، رقم (٢١٨٥)، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، رقم (١٥٤٢).

(٥) المحاقلة: "بيع الطعام في سنبله بالبر". انظر: النهاية في غريب الحديث (١/٤١٦).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع المزابنة، رقم (٢١٨٦).

(٧) الإجماع (٥٢).

تعريف الحنفية: "أن يهب الرجل ثمر نخلة من بستانه لرجل، ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه، فيعطيه مكان ذلك تمراً محدوداً بالخرص"[١].

تعريف المالكية: "أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه، فيشتري بها المعري من المعرى له بخرصها تمراً"[٢].

تعريف الشافعية: "بيع الرطب خرصاً على رؤوس النخل، بمكيله تمراً على الأرض"[٣].

تعريف الحنابلة: "بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً، بمآله يابساً، بمثله من التمر كيلاً معلوماً، لمن به حاجة إلى أكل الرطب"[٤].

وبالنظر في التعريفات يتبين من تعريف الحنفية أن العرية بمعنى الهبة، وليست بيعاً، أما المالكية، والشافعية، والحنابلة، فالعرية عندهم بيع.

وبالاختلاف في التعريف نجد الاختلاف في حكم العرايا التي هي بيع الرطب على رؤوس النخل خرصاً، بتمر على الأرض كيلاً، أما إذا كانت بمعنى الهبة فهي جائزة حتى عند الحنفية.

وعلى هذا فإن جمهور العلماء من المالكية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧] قالوا بجواز العرايا بشروط[٨]، خلافاً للحنفية الذين يرون تحريم بيع العرايا لأنه من المزابنة،

---

(١) المبسوط (١٩٣/١٢).

(٢) بداية المجتهد (٣٥٣/٢).

(٣) الحاوي الكبير (٢١٤/٥).

(٤) كشاف القناع (٢٥٨/٣).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٤٥٥/٦)، حاشية الخرشي (٣٤/٦).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٢١٧/٣)، مغني المحتاج (٩٣/٢).

(٧) انظر: المغني (١١٩/٦)، كشاف القناع (٢٤٦/٣).

(٨) شروط جواز العرايا على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون التقدير فيما دون خمسة أوسق، وفي رواية عن مالك وقول عند الشافعي، والمذهب عند الحنابلة يجوز في خمسة أوسق.

الشرط الثاني: التساوي، فإنما يجوز في بيعها بخرصها من التمر، لا أقل منه ولا أكثر، وهذا بالإجماع عند القائلين بجواز العرايا.

=

وحملوا أحاديث العرايا على العطية دون البيع[1].

وأما مسألة جواز العرايا للأغنياء، فإنه إذا كان بيع العرايا المستثنى من النهي عن المزابنة قد أجيز رفقاً بالفقراء ورخصة لهم، فهل يتعدى هذا الجواز ويشمل الأغنياء، وتكون هذه المسألة مستثناة من قاعدة "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"؟.

المقصد الأول: حكم المسألة.

اختلف العلماء في جواز العرايا للأغنياء على قولين:

القول الأول: أن العرايا لا تجوز للأغنياء، وهذا قول الحنابلة[2]، وقول عند الشافعية[3].

القول الثاني: أن العرايا تجوز للأغنياء، وهذا قول المالكية[4]، والقول الأظهر عند الشافعية[5].

أدلة القول الأول:

١ - حديث زيد بن ثابت[6] ﷺ: (أن رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى

= **الشرط الثالث**: التقابض الذي لا يجوز الافتراق دونه.

الشرط الرابع: أن يكون المشتري محتاجاً إلى الرطب، وهذا قول عند الشافعية وقول الحنابلة.

الشرط الخامس: أن لا يكون معه ما يشتري به سوى التمر، وهذا الشرط عند الحنابلة.

الشرط السادس: أن يباع الرطب على المعري فقط، وهذا عند المالكية.

انظر: تفصيل هذه الشروط: بداية المجتهد (٢/٣٥٣)، الحاوي الكبير (٥/٢١٧)، المغني (٦/١٢١).

(١) انظر: المبسوط (١٢/١٩٢)، بدائع الصنائع (٥/١٩٤).

(٢) انظر: المغني (٦/١٢٧)، كشاف القناع (٣/٢٤٧).

(٣) انظر: المجموع (١٠/٣١٢)، مغني المحتاج (٢/٩٤).

(٤) بناء على عدم اشتراطهم: أن يكون المشتري محتاجاً إلى الرطب.

انظر: مواهب الجليل (٦/٤٥٧)، منح الجليل (٢/٧٢٤).

(٥) انظر: المجموع (١٠/٣١٢)، مغني المحتاج (٢/٩٤).

(٦) أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لوذان الأنصاري الخزرجي، استصغر يوم أحد، ويقال: إنه شهد أحداً، ويقال: أول مشاهده الخندق، كتب الوحي للنبي ﷺ، وكان من علماء الصحابة في القضاء والفرائض والقراءة، توفي سنة ٤٥هـ. =

رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضل قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر)[١].

وجه الاستدلال: أن في الحديث دلالة على أن الأصل في جواز بيع العرايا هو حاجة الفقراء الذين لا يستطيعون شراء الرطب بالنقد.

٢ - إن ما أبيح للحاجة، لم يبح مع عدمها؛ كالزكاة للمساكين، والترخص في السفر، فمتى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب، أو كان محتاجاً ومعه من الثمن ما يشتري به الرطب، لم يجز له شراؤها بالتمر[٢].

أدلة القول الثاني:

١ - حديث أبي هريرة رضي الله عنه (أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق)[٣].

٢ - حديث سهل بن أبي حثمة[٤] رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا أن تباع بخرصها تمراً يأكلونها رطباً)[٥].

=انظر: سير أعلام النبلاء (٤٢٦/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (٢٢/٣)، الأعلام (٥٧/٣).

(١) أخرجه الشافعي في الأم (٦٥/٣)، والبيهقي في باب معرفة السنن والآثار، باب العرايا رقم (٣٥١٢).
قال الزيلعي في نصب الراية (١٤/٤): «ولم أجد له سنداً بعد الفحص البالغ»، ولكن الشافعي ذكره في كتابه - في باب العرايا - بغير إسناد.
قال ابن حجر في تلخيص الحبير (٧٠/٣): «وقد أنكره محمد بن داود على الشافعي، ورد عليه ابن سريج إنكاره، ولم يذكر له إسناداً، وقال ابن حزم: لم يذكر الشافعي له إسناداً فبطل أن يكون فيه حجة، وقال الماوردي: لم يسنده الشافعي لأنه نقله من السير».

(٢) انظر: المغني (١٢٧/٦).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة رقم (٢١٩٠)، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا العرايا، رقم (١٥٤٢).

(٤) سهل بن أبي حثمة بن عامر بن ساعدة بن عامر الأنصاري الخزرجي، صحابي صغير ولد سنة ثلاث من الهجرة، روى عن النبي ﷺ وزيد بن ثابت ومحمد بن مسلمة، توفي سنة ٥٠هـ.
انظر: أسد الغابة (٣٦٣/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٣٨/٣).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة، رقم (٢١٩١)،=

وجه الاستدلال من الحديثين:

الحديثان عامان في الترخيص في بيع العرايا دون التقييد بكونها للفقراء أو غيرهم.

٣ - أن كل بيع جاز للفقراء جاز للأغنياء كسائر البيوع[١].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول، لأن الأصل تحريم المزابنة المجمع عليها، واستثنيت العرايا للحاجة، وما جاز للحاجة لا يجوز عند عدمها.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

بحسب قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"؛ فإن العرايا رخصة للفقراء لا تتجاوز إلى غيرهم، وهذا قول الحنابلة، وقول عند الشافعية، وبناء على هذا القول فإن حكم المسألة هو حكم القاعدة؛ لأنه لم يخرج عنها و لم يأخذ حكماً غير حكمها.

بينما على القول الأظهر عند الشافعية فإن الأمر لم يقتصر على قدر الضرورة وهي إطعام الفقراء بل تجاوزها إلى الأغنياء، وعلى هذا القول يكون حكم المسألة قد أخذ حكماً غير حكم القاعدة فتكون مستثناة من القاعدة كما قرره السيوطي في الأشباه[٢].

والحقيقة أن هذه المسألة لم تتحقق فيها الضرورة فضلاً أن تكون مستثناة، لأن الفقراء إذا لم يأكلوا رطباً لم يتحقق ضرر[٣].

قال النووي في المجموع عند بيان دليل من أجاز العرايا للأغنياء: «لإطلاق حديث سهل بن أبي حثمة، فإنه لم يفرق بين الفقراء والأغنياء، لإرخاصه ﷺ في العرايا من غير

=ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، رقم (١٥٤٠).

(١) انظر: المجموع (٣١١/١٠).

(٢) انظر: (١٧٥/١).

(٣) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢٧٤/١).

تقييد بالضرورة، ولأنه إنما يريد الرطب شهوة، ولو اعتبرت الضرورة لرخص في صاع ونحوه، بما يزيلها وقد أبيح أكثر منه»[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

سبب الاستثناء قاعدة: "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب".

قال عبد الله الجرهزي[٢] : «قاعدة: وما أبيح للضرورة قدر بقدرها حتماً كأكل المضطر... لكنه خرج عن ذا صور كثيرة، وهي ما كان اللفظ فيها عاماً، فالعبرة به لا بخصوص السبب، منها العرايا»[٣].

فإن النص ورد في حق الفقراء كما في حديث زيد بن ثابت ﷺ: (أن رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضل قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر)[٤]، ثم جازت للأغنياء وهم من يملكون نقداً اعتباراً بعموم اللفظ لا بخصوص السبب[٥].

* * *

(١) (١٠/٣١٣).

(٢) عبد الله بن سليمان الجرهزي، الشافعي، له مؤلفات منها: المواهب السنية، وحاشية على بداية الهداية، ومعين الإخوان بشرح فتح الرحمن، توفي سنة ١٢٠١هـ.
انظر: الأعلام (٤/٩١).

(٣) المواهب السنية شرح الفوائد البهية للجرهزي (١/٢٧٢).

(٤) تقدم تخريجه ص (٢٠٤).

(٥) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢٧٣).

المسألة الثانية: الخلع: شُرع مع المرأة على سبيل الرخصة ثم جاز مع الأجنبي[١].

هذه المسألة من المسائل التي استثناها السيوطي من قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"، وقبل بيان حكم المسألة، أذكر تعريف الخلع:

الخلع في اللغة: من خلع بالفتح بمعنى النزع والتجريد، والاسم الخُلع بالضم وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه[٢]:

الخلع في الاصطلاح: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة"[٣].

وصورة المسألة: أن يتولى الخلع شخص أجنبي عن الزوجة لا تربطه بها ولاية، ولا هو وكيل عنها، كأن يقول الأجنبي للزوج: طلق امرأتك بألف علي.

المقصد الأول: حكم المسألة:

الأئمة الأربعة متفقون على جواز الخلع من الأجنبي، وقيد المالكية ذلك بأن يكون في ذلك مصلحة للزوجة[٤].

والأدلة على الجواز:

١ - "أن الطلاق مما يستقل به الزوج، والأجنبي مستقل بالالتزام، وله بذل المال

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٧٥)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢٧٣)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٦٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٢٢)، القواعد الفقهية لعزام (١٥٦).

(٢) انظر: لسان العرب (٨/٧٦)، المصباح المنير (١/١٧٨)، القاموس المحيط (٣/١٨).

(٣) كشاف القناع (٥/٢٣٧).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٤/٢٣٨)، البناية في شرح الهداية (٥/٣١٩)، مواهب الجليل (٥/٢٦٩)، حاشية الدسوقي (٢/٣٠٩)، روضة الطالبين (٥/٧٢٤)، مغني المحتاج (٣/٢٧٦)، المغني (١٠/٣٠٩)، كشاف القناع (٥/٢١٤).

والتزامه فداء، لأن الله تعالى سمى الخلع فداء[١]، فجاز كفداء الأسير"[٢].

٢ – أن خلع الأجنبي بذل مال في مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح، كما لو قال: اعتق عبدك، وعلي ثمنه[٣].

تبين من خلال ما سبق جواز أن يتفق أحد الأشخاص مع الزوج على أن يخلع الزوج زوجته، ويتعهد هذا الأجنبي بدفع بدل الخلع للزوج، وتقع الفرقة، ويلتزم الأجنبي بدفع البدل للزوج.

ولا يتوقف الخلع على رضا الزوجة، قال ابن قدامة: «ويصح الخلع مع الأجنبي، بغير إذن المرأة، مثل أن يقول الأجنبي للزوج: طلق امرأتك بألف علي، وهذا قول أكثر أهل العلم»[٤].

ولابد أن يكون ذلك لتحقيق مصلحة الزوجة كما قرر ذلك المالكية[٥]، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ولهذا ينبغي أن يكون ذلك مشروطاً بما إذا كان قصده تخليصها من رق الزوج؛ لمصلحتها في ذلك كما يفتدي الأسير»[٦].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

الأصل في الخلع أن يكون من المرأة لزوجها كما في حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: (أتت امرأة ثابت بن قيس[٧] النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أنقم

---

(١) قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [سورة البقرة، الآية (٢٢٩)].

(٢) مغني المحتاج (٢٧٦/٣).

(٣) انظر: المغني (٣٠٩/١٠).

(٤) المغني (٣٠٩/١٠).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٢٦٩/٥).

(٦) مجموع الفتاوى (٣٠٧/٣٢).

(٧) جميلة بنت أبي الخزرجية أخت عبد الله بن أبي بن سلول، وزوجها ثابت بن قيس بن شماس الخزرجي، خطيب الأنصار شهد أحداً وما بعدها وقتل يوم اليمامة سنة ١٢هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣٠٨/١)، الإصابة في تمييز الصحابة (٣٩/٨).

عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال: أتردين عليه حديقته؟، قالت: نعم، قال: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[١].

فإذا خالعت المرأة زوجها فالضرورة هنا تقدر بقدرها، لأن المرأة إنما تخالع زوجها للخوف من عدم إقامة حدود الله في الحقوق الزوجية، أو يكون الزوج معيباً في خلقه سيئاً في معاملته، أو لا يؤدي للزوجة حقها، ومع هذا فقد أجيز الخلع للأجنبي، وبه تخرج هذه المسألة من القاعدة عند من قال بالاستثناء، لأن الضرورة هنا زادت عن قدرها وهي جواز الخلع إذا طلبه الأجنبي من الزوج، فلا يوجد ضرورة في الخلع من غير الزوجين[٢].

كما أن كلام الفقهاء في الإباحة للضرورة وارد في الحكم المتعلق بمحل واحد؛ لا الحكم المتعلق بمحلين، وفي هذه المسألة تعلق الحكم بمحلين فالخلع أبيح مع المرأة على سبيل الرخصة ثم جاز مع الأجنبي[٣].

فالمحل الواحد هو قدر الضرورة، وما عداه على مقتضى الاستثناء فهي داخلة في القاعدة ومستثناة منها.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"[٤]. والسبب قاعدة: "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب" كما ذكر ذلك عبد الله الجرهزي في المواهب السنية[٥].

فالخلع أجيز للمرأة للحاجة المنزلة منزلة الضرورة، والحاجة تندفع باختصاص الجواز بها، ولكن أجيز لها ولغيرها، وجاوز محل الحاجة لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

* * *

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، رقم (٥٢٧٣).

(٢) انظر: القواعد الفقهية لعزام (١٥٧).

(٣) انظر: المواهب السنية شرح الفوائد البهية للجرهزي (١/٢٧٤).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٧٥).

(٥) انظر: (١/٢٧٤).

المسألة الثالثة: اللعان: شُرع حيث تعسر إقامة البينة على زنا الزوجة، ثم جاز حيث يمكن[١].

هذه هي المسألة الثالثة التي استثناها السيوطي من قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها".

تعريف اللعان:

اللعان في اللغة: مصدر لاعن، وفعله الثلاثي لعن مأخوذ من اللعن وهو الطرد والإبعاد عن الخير[٢].

اللعان في الاصطلاح: "كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد"[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة.

الأصل أن اللعان جائز عند عدم وجود البينة، كقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾[٤].

أما إذا كان لدى الزوج بينة، فهل يشرع له اللعان؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الزوج إذا أقام البينة على زنا الزوجة فليس له أن يلاعن، وهذا قول الحنفية[٥]، والحنابلة[٦]، وقول عند الشافعية[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٧٦)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢٧٣)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧٠)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (٢٢٢)، القواعد الفقهية لعزام (١٥٧).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٥/٢٥٢)، مختار الصحاح (٥٩٩).

(٣) مغني المحتاج (٣/٣٦٧).

(٤) سورة النور، الآية (٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/٢٤٠)، حاشية ابن عابدين (٥/١٥٠).

(٦) انظر: المغني (١١/١٣٨)، الإنصاف (٢٣/٤٣١).

(٧) انظر: المجموع (١٦/١٦٢)، مغني المحتاج (٣/٣٨٢).

القول الثاني: أن للزوج أن يلاعن مع وجود البينة، وهذا قول المالكية[١]، وقول عند الشافعية[٢].

أدلة القول الأول:

١ – أن اللعان إنما جعل عوضاً عن الشهود لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾[٣][٤].

٢ – أن اللعان أحد موجبي القذف، فلا يشرع مع عدم المطالبة، كالحد، وعند المطالبة فإن الحد قد انتفى عنه بإقامة البينة فلا حاجة إلى اللعان[٥].

أدلة القول الثاني:

١ – إذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها، فإن اللعان فيمن ثبت زناها أولى[٦].

٢ – أن الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش، فلابد فيه من اللعان[٧].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – أنه ينظر فإن لم يكن هناك ولد يريد نفيه، فلا يلاعن لأن الفرقة يمكن أن تكون بالطلاق، وأما إن كان هناك ولد فإن اللعان يشرع، لأنه يحتاج إلى نفيه، والنفي يحصل باللعان.

---

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/١٩٩)، الجامع لأحكام القرآن (١٢/١٢٧).

(٢) انظر: المجموع (١٦/١٦٢)، مغني المحتاج (٣/٣٨٢).

(٣) سورة النور، الآية (٦).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/٢٤٠).

(٥) انظر: المغني (١١/١٣٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٣/٤٢٣).

(٦) انظر: المجموع (١٦/١٦٢).

(٧) انظر: بداية المجتهد (٢/١٩٩).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

أن اللعان الذي تدعو إليه الضرورة هو عند عدم وجود الشهود، وبحسب قاعـــدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها" فإنه لا يتجاوز إلى غير هذه الحالة وهذا الذي ذهب إليه الحنفية، والحنابلة وقول عند الشافعية.

أما على القول بالجواز مع إمكان الشهود على الزنا فهي في هذه الحالة خارجة عن القاعدة، لأن الضرورة زادت عن قدرها فتكون مستثناة من القاعدة[١].

والحقيقة أن هذه المسألة ليست من الضرورة، لأنه مع وجود البينة لا ضـــرورة إلى اللعان.

سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقـــدر بقـــدرها"[٢]. والسبب عند من قال بالاستثناء أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب[٣]، وقد سبق في المقصد السابق أن المسألة ليست مستثناة من القاعدة لعدم دخولها تحت القاعدة.

* * *

---

(١) انظر: القواعد الفقهية لعزام (١٥٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٧٦).

(٣) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢٧٣).

المسألة الرابعة: من أُكره على الطلاق وأمكنه التورية فلم يفعل، لا يقع طلاقه[١].

هذه المسألة من المسائل التي ذكرها ابن السبكي من مستثنيات قاعدة: "متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها"، وهي في معنى قاعدة: "ما أُبيح للضرورة يُقدَر بقدرها"[٢].

والإكراه: - كما سبق -[٣] "حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل، ولا يختار مباشرته لو ترك ونفسه"[٤]، والمراد بالإكراه هنا الإكراه الملجئ[٥].

والتورية: "إطلاق لفظ له معنيان قريب وبعيد، ويراد البعيد اعتماداً على قرينة خفية"[٦].

ومسألة طلاق المكره فيها خلاف بين العلماء، فالجمهور من المالكية[٧]، والشافعية[٨]، والحنابلة[٩]، ذهبوا إلى عدم وقوعه.

بينما ذهب الحنفية إلى وقوعه[١٠].

صورة المسألة: إذا أكره الزوج على طلاق زوجته، وترك التورية مع القدرة عليها، فهل يقع طلاقه؟

المقصد الأول: حكم المسألة:

بعد بيان أقوال الأئمة الأربعة في مسألة طلاق المُكْرَه تبين أن الحنفية يرون وقوع طلاق المكره، فإذاً لا يجري قولهم في هذه المسألة، ولذا أبين رأي المذاهب الثلاثة:

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤٧/١).

(٢) انظر: حاشية رقم (١)، من كتاب ترتيب اللآلي لناظر زاده، تحقيق خالد السليمان (٥٨٦/١).

(٣) انظر: ص (١٦٥).

(٤) التقرير والتحبير (٢٠٦/٢).

(٥) تقدم تعريف الإكراه الملجئ وغير الملجئ ص (١٦٦).

(٦) شرح منتهى الإرادات (٥٣٧/٦).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٣١١/٥)، حاشية الخرشي (٤٦٠/٤).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٥٤/٦)، أسنى المطالب (٢٨٢/٣).

(٩) انظر: المغني (٣٥٠/١٠)، كشاف القناع (٢٣٦/٥).

(١٠) انظر: شرح فتح القدير (٤٨٨/٣)، حاشية ابن عابدين (٤٣٨/٤).

اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن المكره إذا ترك التورية لا يقع طلاقه، وهذا قول الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، وبعض المالكية[٣].

القول الثاني: أن المكره إذا ترك التورية مع علمه بها يقع طلاقه، وهذا قول المالكية[٤]، وبعض الشافعية[٥].

أدلة القول الأول:

١ – أن من ترك التورية داخل في عموم حديث: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[٦].

٢ – أن المكره في حالة الإكراه لا يحضره التأويل في تلك الحال، فتفوت الرخصة بالقول بوقوع الطلاق[٧].

٣ – أنه مجبر على اللفظ ولا نية تُشعِر بالاختيار[٨].

دليل القول الثاني:

أن ترك التورية مع معرفته بها فيه إشعار بالاختيار[٩].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول؛ لأنه وإن ترك التورية يبقى مكرهاً، والمكره معذور شرعاً، كما أنه مع قوة الإكراه لا يستطيع التورية في هذه الحالة.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٦/٥٥)، أسنى المطالب (٣/٢٨٢).

(٢) انظر: المغني (١٠/٣٥٤)، كشاف القناع (٥/٢٣٧).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٢/٣٢٧)، حاشية العدوي على حاشية الخرشي (٤/٤٦٠).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٥/٣١١)، حاشية الخرشي (٤/٤٦٢).

(٥) انظر: الوجيز (٢/٥٧)، روضة الطالبين (٦/٥٥).

(٦) تقدم تخريجه ص (١٦٦).

(٧) انظر: المغني (١٠/٣٥٤).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٦/٥٥).

(٩) انظر: التاج والإكليل (٥/٣١٢)، روضة الطالبين (٦/٥٥).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

في حال الإكراه يلحظ وجود ضررين، أحدهما أشد، وأن المُكْرِه يحمل المُكْرَه بتهديده بأشد الضررين حتى يأتي بالضرر الأخف دفعاً للضرر الأشد، فيكون في الإكراه ذاته معنى التزام أخف الضررين لتفويت أشدهما.

فالتهديد بما يلحق الضرر بالإنسان في نفسه، أو في عضو من أعضائه يعد ضرراً، وإيقاع الطلاق لمنع وقوع التهديد كذلك ضرر، إلا أنه يمكن منع وقع التهديد بدون إيقاع الطلاق، وذلك بالتورية، وبحسب قاعدة: متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها، فإنه يقع طلاقه كما قال بذلك بعض المالكية والشافعية، وأما على القول الراجح فلا يقع الطلاق مع إمكان التورية استثناء من هذه القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة ذكرها ابن السبكي استثناء من قاعدة: "متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها"[(١)]، ولم يذكر سبب الاستثناء، والذي يظهر أن سبب الاستثناء هو ما ورد في السنة من عدم مؤاخذة المُكْرَه كما في حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[(٢)].

والحديث عام في كل مُكْرَه ولم يفرق بين من استطاع التورية ومن لم يستطع.

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٤٧/١).

(٢) تقدم تخريجه ص (١٦٦).

المسألة الخامسة: من اطلع على دار بغير إذن صاحبها، فإن لصاحب الدار رميه قبل إنذاره[١].

الاطلاع على قوم بغير إذنهم محرم، وورد في هذا أحاديث تدل على ذلك ومنها:

١ – حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح)[٢] وفي لفظ (من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقؤا عينه)[٣].

٢ – حديث سهل بن سعد الساعدي[٤] ﷺ أن رجلاً اطلع على رسول الله ﷺ من جُحْر في باب رسول الله ﷺ، ومع رسول الله ﷺ مِدْرى[٥] يحك بها رأسه، فقال النبي ﷺ: (لو أعلم أنك تنظرني لطعنت به في عينك إنما جعل الإذن من أجل البصر)[٦].

٣ – وعن أنس بن مالك ﷺ: (أن رجلاً اطلع من بعض حُجَر النبي ﷺ، فقام إليه بمشقص أو مشاقص، فكأني أنظر إلى رسول الله ﷺ يختله ليطعنه)[٧].

فهذه الأحاديث تدل على تحريم النظر، كما تدل على جواز دفعه، وأما حكم فقء عينه وإنذاره فأبينه في المقصد التالي.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤٦/١).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره، رقم (٢١٥٨).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره، رقم (٢١٥٨).

(٤) أبو العباس سهل بن سعد بن مالك بن خالد بن ثعلبة بن الخزرج الساعدي الأنصاري، من مشاهير الصحابة، كان أسمه حزناً فغيره النبي ﷺ، وهو آخر من مات بالمدينة من الصحابة، مات سنة ٩١هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (٤٢٢/٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٤٠/٣).

(٥) مدرى: حديدة يسوى بها شعر الرأس، جمعه مَدَارَى (صحيح مسلم بشرح النووي ١٦٩٨/٣).

(٦) أخرجه مسلم في كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره، رقم (٢١٥٦).

(٧) أخرجه مسلم في كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره، رقم (٢١٥٧).

المقصد الأول: حكم المسألة:

قبل بيان حكم إنذار الناظر قبل فقء عينه أبين حكم فقء العين:

ذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، إلى جواز فقء عين الناظر، أما الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، فذهبوا إلى عدم جواز ذلك.

والراجح القول الأول للأحاديث الصحيحة.

وأما إنذار الناظر قبل فقء عينه فإن القائلين بالجواز اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: يجوز رميه قبل إنذاره، وهذا قول الحنابلة[٥]، ووجه عند الشافعية هو الأصح[٦].

القول الثاني: ينذره ويزجره ويأمره بالانصراف فإن أصرَّ رماه، وهذا وجه عند الشافعية[٧]، وقول بعض الحنابلة[٨].

دليل القول الأول:

عموم الأحاديث الدالة على جواز فقء العين، ولم يرد فيها أمر بالإنذار[٩]، ومن ذلك حديث أبي هريرة[١٠]، وحديث سهل بن سعد الساعدي[١١]، وحديث أنس رضي الله عنهم[١٢] المتقدمة.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٣٩٦/٧)، نهاية المحتاج (٣٠/٨).

(٢) انظر: المغني (٥٣٩/١٢)، والإنصاف (٥١/٢٧).

(٣) انظر: تبيين الحقائق (١١٠/٦)، حاشية ابن عابدين (١٩٧/١٠).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٤٤٢/٨).

(٥) انظر: المغني (٥٣٩/١٢)، الإنصاف (٥١/٢٧).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣٩٦/٧)، نهاية المحتاج (٣٠/٨).

(٧) انظر المرجعين السابقين.

(٨) انظر: المغني (٥٤٠/١٢)، الإنصاف (٥١/٢٧).

(٩) انظر: مغني المحتاج (١٦٦/٤).

(١٠) تقدم تخريجه ص (٢١٦).

(١١) تقدم تخريجه ص (٢١٦).

(١٢) تقدم تخريجه ص (٢١٦).

دليل القول الثاني:

١ – القياس على دفع الصائل بالأهون فالأهون[١].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول للأحاديث الواردة في ذلك، والتي لم يرد فيها الأمر بالإنذار، وأما القياس على دفع الصائل فقياس مع الفارق؛ لأن رمي المطلع منصوص عليه ودفع الصائل مجتهد فيه[٢].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

النظر إلى بيت الغير دون استئذان اعتداء وانتهاك للحرمة، وهو ضرر على صاحب البيت الذي نُظَر إلى عورته ومحارمه، ولذا جاءت السنة برفع الضرر عن الإنسان، وفيها تجويز التعزير من صاحب المترل للناظر في داره نظراً محرماً بفقء عينه[٣].

فالشريعة جاءت برفع الضرر عن صاحب الدار، وبحسب قاعدة: "متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها"، فإن صاحب البيت يدفع الناظر بالأسهل فالأسهل، وإذا أمكن إنذاره لا يجوز رميه كما ذهب إلى هذا بعض الشافعية وبعض الحنابلة.

وعلى القول الراجح فإنه يجوز رميه قبل إنذاره وتعتبر المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

سبب الاستثناء السنة النبوية، فقد وردت أحاديث كثيرة تدل على جواز رمي الناظر و لم يرد فيها أمر بالإنذار قبل الرمي ومن هذه الأحاديث:

١ – حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح)[٤] وفي لفظ

(١) انظر: نهاية المحتاج (٨/٣٠)، المغني (١٢/٥٤٠).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤/١٦٦).

(٣) انظر: الطرق الحكمية لابن القيم (٧٣).

(٤) تقدم تخريجه ص (٢١٦).

(من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقؤا عينه)[١].

٢ - حديث سهل بن سعد الساعدي ﷺ أن رجلاً اطلع على رسـول الله ﷺ من جُحْر في باب رسول الله ﷺ، ومع رسول الله ﷺ مِدْرى يحك بها رأسه، فقال النبي ﷺ: (لو أعلم أنك تنظرني لطعنت به في عينك إنما جعل الإذن من أجل البصر)[٢].

٣ - وعن أنس بن مالك ﷺ: (أن رجلاً اطلع من بعض حُجَر النبي ﷺ، فقام إليه بمشقص أو مشاقص، فكأني أنظر إلى رسول الله ﷺ يختله ليطعنه)[٣].

* * *

(١) تقدم تخريجه ص (٢١٦).

(٢) تقدم تخريجه ص (٢١٦).

(٣) تقدم تخريجه ص (٢١٦).

المسألة السادسة: من وجد رجلاً يزني بامرأته فله دفعه بالقتل وإن اندفع بدونه[1].

تقرر في الشريعة من مجموع نصوص عديدة: أنه إذا اعتدى إنسان على غيره في نفس، أو مال، أو عرض، فللمعتدى عليه: أن يرد العدوان، وللغير أن يعاونه في الدفاع.

ومن تلك النصوص:

من القرآن:

قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ ﴾[3].

ومن السنة:

١ - حديث أبي هريرة ﷺ، قال: (جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله: أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار)[4].

٢ - حديث عبد الله بن عمرو[5] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من قتل دون ماله فهو شهيد)[6]. وفي رواية: (من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤٦/١).

(٢) سورة البقرة، الآية (١٩٤).

(٣) سورة الشورى، الآية (٣٩).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه، رقم (٢٢٥).

(٥) أبو محمد عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد بن سهم القرشي السهمي، أسلم قبل أبيه، وكان كثير العبادة، له مناقب وفضائل ومقام راسخ في العلم والعمل، حمل عن النبي ﷺ علماً جماً، توفي سنة ٦٥هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٧٩/٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (١١٠/٤).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب المظالم، باب من قتل دون ماله، رقم (٢٤٨٠).

قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد)[١].

وهذه المسألة من دفع الصائل عن العرض استثناها ابن السبكي من قاعدة: "متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها".

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا وجد الرجل رجلاً يزني بامرأته فإنه يجب دفعه باتفاق الأئمة الأربعة[٢]، وأما إذا أمكن الدفع بدون القتل فهل يجوز قتله؟

اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا يدفعه بالقتل مع إمكان دفعه بما دونه[٣]، و لم يخالف في ذلك إلا بعض الشافعية فقالوا: بجواز دفعه بالقتل مع إمكان دفعه بما هو دونه إذا رآه قد أولج[٤].

دليل القول الأول:

حديث أبي هريرة رضي الله عنه: (أن سعد بن عبادة[٥] رضي الله عنه قال: يا رسول الله إن وجدت مع امرأتي رجلاً أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟، فقال صلى الله عليه وسلم: نعم)[٦].

وجه الاستدلال: الحديث فيه دلالة على أنه لا يجوز قتله مباشرة[٧].

---

(١) أخرجه النسائي من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه في كتاب تحريم الدم، باب من قتل دون ماله، رقم (٣٨١٧)، وصححه الألباني في صحيح سنن النسائي: (٣٨١٧).

(٢) انظر: البحر الرائق (٥/٤٥)، حاشية ابن عابدين (٦/١٠٨)، حاشية الخرشي (٨/٣٥٠)، حاشية الدسوقي (٤/٣١٧)، روضة الطالبين (٧/٣٩٣)، الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (١١/٣١٨)، المغني (١٢/٥٣٤)، كشاف القناع (٦/١٥٥).

(٣) انظر المراجع السابقة.

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٣/٤٥٨).

(٥) أبو ثابت سعد بن عبادة بن دليم بن حارثة الخزرجي، كان سيد الخزرج، شهد العقبة وأحداً وما بعدها واختلف في شهود بدراً، توفي سنة ١٤هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (١/٢٧٠)، الإصابة في تمييز الصحابة (٣/٨٠).

(٦) أخرجه مسلم في كتاب اللعان، رقم (١٤٩٨).

(٧) انظر: المجموع (١٨/٣٢).

دليل القول الثاني:

أنه في حال الإيلاج لا يمكن دفعه بدون القتل، لأن في كل لحظة تمر عليه مواقعة له بالزنا لا يستدرك بالأناة، فجاز لأجلها أن يعجل القتل[١].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لحديث أبي هريرة فإن النبي ﷺ لم يأذن بالقتل، ولأنه في هذه الحالة يمكن الدفع بغير القتل.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الاعتداء على العرض ضرر والدفاع عنه ضرورة، وبحسب قاعدة: "متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها"، فإن المعتدى على عرضه يبتدئ بالأخف فالأخف: فإن أمكن دفع المعتدي بكلام واستعانة بالناس لم يجز الضرب، وإن أمكن الدفع بضرب اليد لم يجز استخدام العصا أو السوط، وإن أمكن الدفع بإتلاف عضو لم يجز بالقتل، فإن لم يمكن الدفع إلا بالقتل أبيح القتل، لأنه من ضروريات الدفع[٢].

وقد اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا يدفعه بالقتل مع إمكان دفعه بما هو دونه، كما سبق بيانه في المقصد السابق[٣]، وعلى هذا الرأي – وهو الراجح – فإن المسألة ليست من مستثنيات القاعدة بل من فروعها المندرجة تحتها.

وأما على قول بعض الشافعية من جواز الدفع بالقتل مع إمكان غيره، فإنها من المستثنيات.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة ذكرها ابن السبكي من المستثنيات من قاعدة: "متى أمكن الدفع بأسهل

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٣/٤٥٨).

(٢) انظر: الضرر في الفقه الإسلامي لأحمد الموافي (٢/٧٩٠).

(٣) انظر: ص (٢٢١).

الوجوه لم يعدل إلى أصعبها"[١]، بناء على رأي الماوردي[٢] في جواز الدفع بالقتل إذا رآه قد أولج، لأنه في كل لحظة تمر به مواقعاً للزنا لا يستدرك بالأناة، فجاز لأجلها أن يُعجَل القتل[٣].

وهذا الرأي قد قيد الدفع بالسيف إذا كان زمن الدفع أقل من غيره، وبهذا القيد فلا استثناء، لأن القتل بالسيف هو الدفع الممكن في هذه الحالة هكذا وجه ابن السبكي[٤].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٤٦/١).

(٢) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي، ولي القضاء في بلدان كثيرة، له مؤلفات كثيرة منها: الحاوي، والإقناع، وأدب الدين والدنيا، ودلائل النبوة، والأحكام السلطانية، توفي سنة ٤٥٠هـ.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢٦٧/٥)، طبقات الشافعية للإسنوي (٣٨٧/٢).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٤٥٨/١٣).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٤٦/١).

المطلب الثاني

المستثنيات من قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"

المستثنيات من هذه القاعدة ثلاث مسائل ذكرها ابن السبكي في الأشباه والنظـــائر وهي على النحو الآتي:

المسألة الأولى: شق بطن المرأة الميتة إذا كانت ترجى حياة الجنين.

المسألة الثانية: إذا بنى المشترى أو غرس في الأرض المشفوع فيها.

المسألة الثالثة: شرعية القصاص والحدود.

* * *

المسألة الأولى: شق بطن المرأة الميتة إذا كانت ترجى حياة الجنين[١].

هذه المسألة استثناها ابن السبكي من قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"، وقبل بيان وجه دخولها تحت القاعدة، وسبب الاستثناء، أبين حكمها.

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا ماتت الأم والجنين حي ترجى حياته، فهل يجوز شق بطن الحامل لاستبقاء هذه النفس، اختلف العلماء على قولين:

القول الأول: يجوز شق بطن الأم لإخراج الجنين إذا كانت ترجى حياته، وهذا قول الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، وبعض المالكية[٤]، وبعض الحنابلة[٥].

القول الثاني: يحرم شق بطنها ولو رجي خروجه حياً، بل يسطو عليه النساء فيخرجنه من بطنها بأيديهن إن استطعن، وهذا قول المالكية[٦]، والحنابلة[٧].

أدلة القول الأول:

١ – قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً ﴾[٨].

وجه الاستدلال: أن الشق سبب في إنقاذ الجنين من الموت بإذن الله فينبغي فعله تحقيقاً للآية[٩].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤٥/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٨٤/١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧١).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (١٤٢/٢)، حاشية ابن عابدين (١٤٥/٣).

(٣) انظر: المجموع (٢٥٤/٥)، مغني المحتاج (٣٦٧/١).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٧٦/٣)، منح الجليل (٣٢٠/١).

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٥٢/٦)، الإنصاف (٢٥٢/٦).

(٦) انظر: المدونة الكبرى (١٩١/١)، مواهب الجليل (٧٦/٣).

(٧) انظر: الإنصاف (٢٥٢/٦)، كشاف القناع (١٤٦/٢).

(٨) سورة المائدة، الآية (٣٢).

(٩) انظر: المحلى (١٦٦/٥).

٢ – أن هذا الشق فيه استبقاء حياة بإتلاف جزء من الميت فأشبه إذا اضطر إلى أكل جزء من الميت[١].

٣ – تعارض حق الحامل الميتة مع حق الجنين الحي، وتقديم حق الحي أولى لكون حرمته أعظم[٢].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: (كسر عظم الميت ككسر عظم الحي)[٣].

وجه الاستدلال: الحديث يدل على أن للميت حرمة كالحي، فلا يجوز انتهاكها بالشق كما لو كانت حية.

٢ – أن الشق فيه مثلة، والمثلة منهي عنها[٤]، كما في حديث قتادة[٥] رضي الله عنه (أن النبي ﷺ نهى عن المثلة)[٦].

٣ – أن هذا الولد لا يعيش عادة، ولا يتحقق أنه يحيا، فلا يجوز هتك حرمة متيقنة في جسد الميتة لأمر مظنون وهو حياة الجنين[٧].

---

(١) انظر: المجموع (٥/٢٥٤).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٥/٢٥٤).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان، رقم (٣٢٠٧)، وابن ماجه في كتاب الجنائز، باب النهي عن كسر عظام الميت، رقم (١٦١٦)، وأحمد في مسنده رقم (٢٤٦٨٦)، وابن حبان في كتاب الجنائز، فصل في القبور، رقم (٣١٦٧)، والدار قطني في السنن، كتاب الحدود والديات، باب اللعان رقم (٣٤١٥)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الجنائز، باب من كره أن يحفر له قبر غيره (٤/٥٨)، قال ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/١٢١): «حسنه ابن القطان، وذكر القشيري أنه على شرط مسلم»، وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم (٧٦٣).

(٤) انظر: المغني (٣/٤٩٨).

(٥) أبو الخطاب قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزير السدوسي البصري التابعي، كان مفسراً حافظاً، صاحب أنس بن مالك رضي الله عنه، توفي سنة ١١٨هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٤/٨٥)، سير أعلام النبلاء (٥/٢٦٩).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب المغازي، باب قصة عكل وعرينة، رقم (٤١٩٢).

(٧) انظر: المغني (٣/٤٩٨).

الترجيح:

القول الأول – والله أعلم – هو الراجح؛ لأن حفظ النفس من مقاصد الشريعة، وإذا تعارضت مفسدتان: مفسدة انتهاك حرمة الحامل الميتة بشق بطنها، والأخرى انتهاك حرمة الجنين الحي بتركه حتى يموت، وعند الترجيح فإن مفسدة شق جزء من الجسد أهون من مفسدة الضرر بتلف النفس، ثم إن مفسدة الشق تزول بالخياطة بخلاف مفسدة موت الجنين فإنها أعظم ومما لا يمكن تداركه، والأصل في ذلك:

"إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"، وأما حديث: (كسر عظم الميت ككسر عظم الحي) فمحمول على أن يكون ذلك على سبيل العبث[١]، والشق في هذه الأوقات صار لا يعتبره الناس مثلة ولا مفسدة[٢].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

انتهاك حرمة الحامل الميتة بشق بطنها ضرر، وانتهاك حرمة الجنين بتركه حتى يموت ضرر، وبحسب قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"، فإنه لا يشق بطن الميتة لإنقاذ حياة الجنين كما هو مذهب المالكية والحنابلة، وأما على قول الحنفية والشافعية بجواز شق بطن الميتة لإنقاذ حياة الجنين فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

ذكر ابن السبكي سبب الاستثناء وأنه قاعدة: "دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما"[٣]، وبلفظ آخر: "الضرر الأشد يزال بالأخف"، وإن ابن نجيم ذكر هذه المسألة فرعاً لقاعدة: "الضرر الأشد يزال بالأخف"[٤]، والزرقاء ذكرها تحت قاعدة: "إذا

---

(١) انظر: مواهب الجليل (٣/٧٧).

(٢) انظر: المختارات الجلية للسعدي (٣٢٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٤٥).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١١٠).

تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"[١].

فإذا تعارضت مفسدتان: مفسدة انتهاك حرمة الحامل الميتة بشق بطنها، والأخرى انتهاك حرمة الجنين الحي بتركه حتى يموت، فإن مفسدة شق جزء من الجسد أهون من مفسدة الضرر بتلف النفس، فإن مفسدة موت الجنين أعظم ولا يمكن تداركها.

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية (٢٠١).

المسألة الثانية: إذا بنى المشتري أو غرس في الأرض المشفوع فيها[١].

تعريف الشفعة:

الشفعة في اللغة: الضم أو الزيادة والتقوية، مأخوذة من الشفع وهو خلاف الوتر[٢].

والشفعة في الاصطلاح: "هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي، بثمنه الذي استقر عليه العقد"[٣].

والشفعة ثابتة بالسنة، ومن ذلك حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: (قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)[٤].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا بنى المشتري في الأرض المشفوع فيها أو غرس فيها، ثم قضي للشفيع بالشفعة، اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: المشتري بالخيار بين القلع وعدمه، وإذا لم يختر المشتري القلع فالشفيع مخير بين القلع ويضمن له المشتري ما نقص بالقلع، أو التملك مع دفع قيمة الغراس والبناء، وهذا قول الشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

القول الثاني: أن للشفيع الخيار بين أخذها بالثمن والبناء والغراس بقيمته مقلوعاً، وإن شاء أجبر المشتري على قلعهما فيأخذ الأرض فارغة، وهذا قول الحنفية[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٤٥).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٣/٢٠١)، مختار الصحاح (٣٤١).

(٣) الروض المربع (٢/٤٠٠).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، رقم (٢٢٥٧)، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب الشفعة رقم (١٦٠٨).

(٥) انظر: المجموع (١٣/٢٩١)، الشرح الكبير شرح الوجيز (٥/٥١٨).

(٦) انظر: المغني (٧/٤٧٦)، كشاف القناع (٤/١٥٧).

(٧) انظر: تبيين الحقائق (٥/٢٥٠)، حاشية ابن عابدين (٩/٣٣٩).

القول الثالث: لا يكلف المشتري بالقلع، ولكن الشفيع بالخيار إن شاء أخذهما بالثمن وقيمة البناء والغراس أو ترك الشفعة، وهذا قول المالكية[١]، وأبي يوسف من الحنفية[٢].

أدلة القول الأول:

١ – حديث أبي سعيد الخدري ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)[٣].

وجه الاستدلال: إن في الحديث دلالة على تحريم الضرر، ولا يزول الضرر عن المشتري والشفيع إلا بهذا[٤].

٢ – إن المشتري بنى في ملكه الذي تملك بيعه، فلم يكلف قلعه مع الإضرار، كما لو لم يكن مشفوعاً[٥].

دليل القول الثاني:

إن المشتري بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض، كالراهن إذا بنى في المرهون[٦].

دليل القول الثالث:

إن المشتري ليس بمعتد في البناء والغرس لثبوت ملكه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان فصار كالموهوب له[٧].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول؛ لأن في ذلك رفع الضرر عن المشتري

---

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/٤٢٥)، الكافي لابن عبد البر (٢/٨٦٥).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٥/٢٥٠)، حاشية ابن عابدين (٩/٣٣٩).

(٣) تقدم تخريجه ص (١٨٧).

(٤) انظر: المغني (٧/٤٧٦).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: تبيين الحقائق (٥/٢٥٠).

(٧) انظر: تبيين الحقائق (٥/٢٥٠)، بداية المجتهد (٢/٤٢٦).

والشفيع، وفيه حفظ المال الذي جاءت الشريعة بحفظه، إذ لو حكم بالقلع لأتلف البناء لأنه لا قيمة له مقلوعاً.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا أحدث المشتري في العقار المشفوع أبنية أو غرساً، فلو أجبر المشتري على قلعها وتسليم العقار للشفيع، يتضرر المشتري، كما أنه إذا أجبر الشفيع على أخذ المشفوع مع دفع قيمة البناء الذي أحدثه المشتري ففيه إضرار به لأن فيه إجباراً له على دفع قيمة المحدث زيادة على قيمة المشفوع، إلا أن هذا الضرر أخف من ضرر المشتري فيما لو أجبر على قلع البناء، إذ فيه ضياع لما أنفقه على البناء بلا مقابل بخلاف الشفيع فإنه يأخذ مقابل الثمن الذي يدفعه: البناء أو الشجر.

إذاً فضرر الشفيع أخف من ضرر المشتري، فيختار، ويكلف بأخذ الأبنية ودفع القيمة للمشتري.

وهكذا فإنه يظهر أن الضرر تجوز إزالته بضرر يكون أخف منه استثناء من قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة ذكرها ابن السبكي، وذكر أن سبب الاستثناء "دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما"[٢]، وهذا في معنى قاعدة: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، ولذا ذكر الزرقاء هذه المسألة فرعاً من فروع هذه القاعدة[٣].

فالشريعة لا تمنع الضرر الأخف في معارضة الضرر الأشد، بل تقضي بدفع الضرر الأشد ولو بأن يتحمل الضرر الأخف، وهذا مع ملاحظة تعويض المتضرر – الذي يقضى

---

(١) انظر: الضرر في الفقه الإسلامي لأحمد موافي (٢/٩٤٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٤٥).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية (١٩٩).

عليه بأن يتحمل الضرر الأخف – فالضرر الأخف لا يهمل بالكلية في معارضة الـــضرر الأشد، بل يراعى ويعتبر، فيحكم بوجوب ضمان ما تولد عنه كلما كان ذلك ممكناً[١].

* * *

(١) انظر: الضرر في الفقه الإسلامي لأحمد موافي (٢/٩٤٣، ٩٤٤).

المسألة الثالثة: شرعية القصاص والحدود[١].

إن جلب المنفعة ودفع المضرة من مقاصد الشارع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة.

وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضروريات، فهي أقوى المراتب في المصالح.

وإن قضاء الشرع بإيجاب القصاص من حفظ النفوس، وإيجاب حد الشرب من حفظ العقول، وإيجاب حد الزنى من حفظ الأنساب، وإيجاب حد السرقة من حفظ الأموال[٢].

ومشروعية القصاص والحدود من المسائل المستثناة التي ذكرها ابن السبكي من قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر":

المقصد الأول: حكم المسألة.

إن الله ﷻ شرع القصاص، والحدود في كتابه وعلى لسان رسوله ﷺ، وأجمعت الأمة على مشروعيتها، فمن ذلك:

من الكتاب:

١ - قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾[٣].

٢ - وقوله ﷻ: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٤٥)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧١)، القواعد الفقهية لعزام (١٤٠).

(٢) انظر: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي لأبي زهرة (٢٨).

(٣) سورة البقرة، الآية (١٧٨).

(٤) سورة المائدة، الآية (٤٥).

٣ – وقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[١].

٤ – وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾[٢].

٥ – وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[٣].

٦ – وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾[٤].

ومن السنة:

وردت أحاديث كثيرة في مشروعية القصاص والحدود ومن ذلك:

١ – حديث عبد الله بن مسعود ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يحل دم امرئ مسلم؛ يشهد أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه؛ المفارق للجماعة)[٥].

٢ – حديث عبادة بن الصامت[٦] ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (خذوا عني،

---

(١) سورة النور، الآية (٢).

(٢) سورة النور، الآية (٤).

(٣) سورة المائدة، الآية (٣٨).

(٤) سورة المائدة، الآية (٣٣).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾، رقم (٦٨٧٨)، ومسلم في كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، رقم (١٦٧٦) واللفظ له.

(٦) أبو الوليد عبادة بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر بن ثعلبة بن الخزرج الأنصاري السالمي شهد العقبة والمشاهد كلها مع النبي ﷺ، وهو أول من ولي القضاء بفلسطين، توفي سنة ٣٤هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٥)، الإصابة في تمييز الصحابة (٤/٢٧).

خذوا عني، فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة، ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم)[١].

٣ – حديث عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ: (لا يقطع يد سارق إلا في ربع دينار فصاعداً)[٢].

٤ – حديث أنس بن مالك رضي الله عنه: (أن النبي ﷺ أتي برجل قد شرب الخمر، فجلده بجريدتين نحو أربعين، قال: وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس، فقال عبد الرحمن بن عوف: أخف الحدود ثمانون، فأمر به عمر)[٣].

٥ – حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (من بدل دينه فاقتلوه)[٤].

ومن الإجماع:

أجمع العلماء على مشروعية القصاص والحدود[٥].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

في قتل القاتل بالقصاص ضرر ولكن قتله أخف من ضرر تركه، إذ إن في تركه إشاعة القتل في الأمة، وكذا الحدود فإن الشارع قد وضع الحدود لتأديب الجاني، وكفه عن الجريمة، وردع غيره عن مقارفة الجرائم، ولولا ذلك لفشت الرذائل في الناس، وبحسب قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"، فإن الضرر لا يزال بمثله ولا بأكثر منه بالأولى،

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الحدود، باب حد الزنى، رقم (١٦٩٠).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾، رقم (٦٧٨٩)، ومسلم في كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها، رقم (١٦٨٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الحدود، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر، رقم (٦٧٧٣)، ومسلم في كتاب الحدود، باب حد الخمر، رقم (١٧٠٦)، واللفظ له.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، رقم (٦٩٢٢).

(٥) انظر: الإجماع لابن المنذر (٦٧ – ٧٦)، بداية المجتهد (٢/٦٢٥)، المغني (١١/٤٥٩).

بل يشترط أن يزال الضرر بلا ضرر بالغير إن أمكن وإلا فبالأخف.

وفي هذه المسألة فإن أحد الضررين أعظم فإننا عندئذ نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف(١).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها ابن السبكي من قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر" فقال: «ويستثنى من القاعدة أصل شرعية القصاص، والحدود، وقتال البغاة، وقاطع الطريق... وهي كثيرة: حاصلها دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما»(٢).

وهذه القاعدة وردت بلفظ: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"(٣)؛ فإن القصاص والحدود التي تنزل على الجاني ضرر واقع لكن القصاص أخف من شيوع القتل، والرجم، والجلد فيه ضرر لكن ضرره يتعلق بشخص ولو لم يقم لوجد ضرر عام فوجب إقامة الحدود لدفع الضرر الأعظم(٤).

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٤٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٨٣)، القواعد الفقهية لعزام (١٤٠).

(٢) الأشباه والنظائر (١/٤٥).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٩٩).

(٤) انظر: القواعد الفقهية لعزام (١٤٠).

الفصل الخامس

المستثنيات من قاعدة: "العادة محكمة"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "العادة محكمة".

* * *

قاعدة: "العادة محكمة"[١]

التمهيد في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها:

إن قاعدة: "العادة محكمة" تعد من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، وإحدى القواعد الخمس التي ينبني عليها الفقه الإسلامي، ولذا لم يخل كتاب من كتب القواعد الفقهية من ذكرها، وهي تعبر عن مكانة العرف في التشريع الإسلامي، حيث يستند إليه في كثير من الأحكام الفقهية في شتى أقسام الفقه وأبوابه[٢]، قال السيوطي: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجِعَ إليه في الفقه، في مسائل لا تُعَدُّ كثرة: فمن ذلك: سن الحيض، والبلوغ، والإنزال، وأقل الحيض، والنفاس والطهر وغالبها، وأكثرها... والنجاسات المعفو عن قليلها... وغيرها»[٣].

كما أن هذه القاعدة تعد مظهراً من مظاهر التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم؛ لأنها تدعو إلى اعتبار ما ألفه الناس، وتعودوا عليه واستقر في نفوسهم، وعدم نزعهم من عاداتهم الصالحة الموافقة للشريعة الإسلامية ومقاصدها.

١ - معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

العادة لغة: العادة الديدن، وهو الدأب، والاستمرار على الشيء، ومادتها (ع. و. د)،

---

(١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١/١٣٧)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٥٠)، القواعد للمقري (١/٣٤٥)، المنثور في القواعد (٢/٩٦)، القواعد للحصني (١/٣٥٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٩٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١١٥)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/٨٢١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية (١/٤٠)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٨١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٢٨٩)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧٤)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية للزيدان (١٠٠)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٧٠)، علم القواعد الشرعية للخادمي (١٨١)، القواعد الفقهية لعزام (١٧٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٢٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٢٩٨).

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٢٩).

(٣) الأشباه والنظائر (١/١٩٤).

تفيد الرجوع إلى الشيء المرة بعد الأخرى[١].

ويذكر ابن فارس أن أصل العود في اللغة يدل على معنيين:

الأول: (العَوْد) التثنية في الأمر، ومنه العادة.

والثاني: العُود الجنس من الخشب[٢].

والأول هو المناسب، والمقصود في التثنية تكرار الأمر والعودة إليه.

والعادة في الاصطلاح: "العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة"[٣].

المحكمة لغة: المُحكَّمة اسم مفعول من التحكيم، وهو مأخوذ من الحكم، وأصله في اللغة المنع، ومعنى التحكيم القضاء والفصل بين الناس لفض النزاع القائم بينهم[٤].

وفي الاصطلاح: "هي المرجع للفصل عند التنازع"[٥].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن العادة عامة أو خاصة تُجعل حَكَماً لإثبات حكم شرعي لم يرد نص على خلافه بخصوصه[٦].

أي أن للعادة في نظر الشارع حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك القاعدة[٧].

---

(١) انظر: لسان العرب (٣١١/٤، ٣١٢).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (١٨١/٤).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١١٥).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (٩١/٢)، المصباح المنير (١٤٥).

(٥) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٧٣).

(٦) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤٠/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٩).

(٧) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٧٦).

الفرق بين العرف والعادة:

العرف: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول"[(١)].

فالعرف والعادة بمعنى واحد، إلا أن العادة أعم من العرف، لأن العرف لا يكون إلا فيما تعارفه الناس جميعاً وهو العرف العام، ويكون فيما تعارفه أهل بلد بعينها، وهو العرف الخاص.

أما العادة: فتطلق على ما تعود عليه المسلمون، وعلى ما تعود عليه أهل بلد بعينه وأهل قبيلة بعينها، وتطلق على ما تعود عليه شخص بعينه ومنه عادة المرأة في حيضها ونفاسها[(٢)].

٢ – أركان القاعدة[(٣)].

قاعدة: "العادة محكمة" له ركنان:

الركن الأول: هو العادة، والركن الثاني: هو تحكيمها وإعمالها في الأحكام، وفيما يأتي بيان هذين الركنين:

الركن الأول: العادات والأعراف.

والعادة والعرف تتكون من ثلاثة أمور:

أ – المعتاد: وهو الشخص في العادة الفردية، أو الجمهور في العادة الجماعية أو العرف.

ب – المعتاد عليه أو محل الاعتياد.

ج – الاعتياد، أي تكرار العمل بما أُعتيد عليه.

---

(١) التعريفات للجرجاني (١٩٤).

(٢) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٧٦)، القواعد الفقهية لعزام (١٧٢).

(٣) انظر: قاعدة المشقة تجلب التيسير للباحسين (٣٦٣ – ٣٦٩).

الركن الثاني: تحكيمها وإعمالها.

وهذا هو الركن الذي تتم به القاعدة، وبدونه لا يكون للعادات، أو الأعراف أثر، أو أهمية في الفقه.

٣ – شروط القاعدة[١]:

يتعلق بتكوين ووجود العادة أو العرف شرطان، هما:

الأول: أن تكون العادة، أو العرف مطردة أو غالبة:

قال السيوطي: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا»[٢]، وقال ابن نجيم: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت»[٣].

والمقصود بالاطراد أن تكون العادة كلية بمعنى أنها شائعة مستفيضة بحيث يعرفها جميع الناس في البلاد كلها، أو في الإقليم الخاص، أو بين أصحاب المسلك أو الحرفة المعينة.

والمقصود بالغلبة أن تكون القاعدة معروفة في الأكثرية أي أنها لا تتخلف كثيراً[٤].

الثاني: أن يكون العرف عاماً: أي في جميع بلاد الإسلام، وهذا هو القول الراجح في المذهب الحنفي، قال ابن نجيم: «هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو خاصاً؟ المذهب: الأول»[٥].

وأما الشافعية فالذي يظهر من مذهبهم الأخذ بالعرف الخاص في الموضع الذي عمَّ فيه، جاء في مغني المحتاج: "والحاصل أنه يعتبر في كل ناحية عرفها، وفي كل قوم عرفهم،

---

(١) انظر: قاعدة "المشقة تجلب التيسير" للباحسين (٣٧٠ – ٣٧٦).

(٢) الأشباه والنظائر (٢٠١/١).

(٣) الأشباه والنظائر (١١٧).

(٤) انظر: "قاعدة المشقة تجلب التيسير" للباحسين (٣٧١).

(٥) الأشباه والنظائر (١٢٧).

باختلاف طبقاتهم"[١].

وقد ذكر السيوطي ضابطاً في ذلك بقوله: «والضابط: أنه إن كان المخصوص محصوراً لم يؤثر، كما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقل مما استقر من عادات النساء، رُدَّت إلى الغالب في الأصح: وقيل: تعتبر عادتها، وإن كان غير محصور اعتبر، كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً ومواشيهم نهاراً فهل يترل ذلك مترلة العرف العام في العكس؟ وجهان، الأصح: نعم»[٢].

ولهذا ينبغي اشتراط العموم على نوع معين من أنواع العرف، فالعموم في جميع بلاد الإسلام ليس شرطاً للعمل بالعرف مطلقاً[٣].

شروط تطبيق القاعدة:

إذا تحققت أركان القاعدة، وشروطها المذكورة، فيما سبق، فقد استوفت العادات والأعراف مقوماتها التكوينية، ولكن لا يلزم تطبيق الأعراف أو العادات إلا عند تحقق شروط تطبيق القاعدة وهي كالتالي:

أولاً: أن تكون الواقعة المراد تطبيق القاعدة فيها، خالية من الحكم الشرعي الخاص، والثابت بالنص أو الإجماع.

ثانياً: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه: إذ إن تحكيم العرف يعود إلى أن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهما إياه صراحة يعتبر إقراراً منهما إياه، فإثبات الحكم العرفي في هذه الحالة هو من قبيل الدلالة، فإذا وقع تصريح بخلافه أصبحت الدلالة باطلة، لكون دلالة العرف أضعف من دلالة اللفظ، فيترجح جانبه.

ثالثاً: أن يكون قائماً وقت إنشاء التصرف الذي يُحمل عليه: بأن يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه سواء كان ذلك التصرف قولاً

---

(١) (٤٠٥/٢).

(٢) الأشباه والنظائر (٢١٢/١).

(٣) انظر: قاعدة "المشقة تجلب التيسير" للباحسين (٣٧٦).

أو فعلاً.

قال السيوطي: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»[1].

رابعاً: أن تكون الواقعة المراد تطبيق العرف أو العادة عليها، مما لا يدخل في مجال العبادات، والمقصود من ذلك إحداث العبادة أو تغييرها بالإضافة أو النقص فيها.

خامساً: أن لا يعارض القاعدة ما هو أقوى منها، أو مثلها، سواء كان دليلاً فرعياً خاصاً معتداً به، أو قاعدة متفق عليها[2].

٤ – أدلة القاعدة:

تستند هذه القاعدة إلى نصوص من الكتاب والسنة والآثار.

من الكتاب:

استدل العلماء لهذه القاعدة بالآيات التي تدل على مراعاة العرف والعادة منها:

١ – قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾[3].

وجه الاستدلال: الآية تدل على اعتبار العرف، قال السيوطي عن هذه الآية:

«أقض بكل ما عرفته النفوس مما لا يرده الشرع، وهذا أصل القاعدة الفقهية في اعتبار العرف»[4].

٢ – قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[5].

وجه الاستدلال: الآية تدل على اعتبار العرف في التشريع؛ لأن المراعى في

---

(١) الأشباه والنظائر (١/٢١٦).

(٢) انظر: قاعدة "المشقة تجلب التيسير" للباحسين (٣٧٦ – ٣٧٩).

(٣) سورة الأعراف، الآية (١٩٩).

(٤) الإكليل في استنباط التنزيل (١٣٢).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

أجرة الرضاع للأم إذا طلبتها حال الزوج يساراً أو إعساراً أو توسطاً، لا حال الزوجة ولا حالهما[١].

من السنة:

١ - حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لهند بنت عتبة[٢] رضي الله عنها: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[٣].

وجه الاستدلال: الحديث يدل على اعتبار العرف في مقدار النفقة.

٢ - حديث حمنة بنت جحش قالت: كنت استحاض حيضة كثيرة شديدة فأتيت النبي ﷺ استفتيه، فقال: (تحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله، ثم اغتسلي، وصلي ثلاثاً وعشرين ليلة أو أربعاً وعشرين ليلة وأيامها، وصومي فإن ذلك يجزئك، وكذلك فافعلي في كل شهر كما تحيض النساء وكما يطهرن)[٤].

وجه الاستدلال: إن النبي ﷺ رد أمرها إلى العرف الظاهر، والأمر الغالب من أحوال النساء.

من الآثار:

ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[٥].

---

(١) انظر: الإكليل في استنباط التنزيل (٥٧).

(٢) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية، أم معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما، أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بن حرب، توفيت سنة ١٤هـ.
انظر: الطبقات الكبرى (٨/٢٣٥)، الإصابة في تمييز الصحابة (٨/٢٠٥).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف رقم (٥٣٦٤)، ومسلم في كتاب الأقضية، باب قضية هند، رقم (١٧١٤).

(٤) تقدم تخريجه ص (١١٥).

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (٦/٨٤)، رقم (٣٦٠٠)، والحاكم في كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهم، باب يتجلى الله لعباده عامة ولأبي بكر خاصة، رقم (٤٥٢٢)، والطبراني في المعجم الأوسط (٤/٥٨)، رقم (٣٦٠٢)، وصححه الحاكم، فقال: «هذا حديث صحيح الإسناد» و لم يخرجاه. =

اعتبره كثير من العلماء حديثاً مرفوعاً إلى النبي ﷺ وأصلاً لقاعدة: "العادة محكمة"[١]، والصحيح أنه ليس بحديث مرفوع، قال العلائي: «لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث عنه وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه»[٢].

وهذا الأثر وإن كان موقوفاً على ابن مسعود إلا أن له حكم المرفوع؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه[٣].

٥ - تطبيقات القاعدة:

إن اعتبار العرف والعادة يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، ومن بعض التطبيقات التي تبنى على العرف:

١ - يعفى عن النجاسات القليلة دون الكثيرة، والعبرة في ذلك العرف والعادة[٤].

٢ - العمل المفسد للصلاة؛ مفوض إلى العرف، فلو كان العمل كثيراً بحيث لو رآه راءٍ ظن أنه خارج الصلاة، أفسدها وإلا فلا[٥].

٣ - الكفاءة في الزواج تحمل على العرف، كما قال ابن قدامة: «فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف»[٦].

٤ - اعتبار عرف الحالف إذا كان العرف مساوياً للفظ أو أخص، فلو حلف لا

=وقال الزيلعي في نصب الراية (١٣٣/٤): «غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود»، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٨/١): «رواه أحمد والبزار والطبراني ورجاله موثقون»، وقال الألباني في السلسلة الضعيفة رقم (٥٣٣): «لا أصل له مرفوعاً وإنما ورد موقوفاً على ابن مسعود».

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١٩٣/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١١٥)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٨٢٢/٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤٠/١).

(٢) المجموع المذهب في قواعد المذهب (١٣٨/١).

(٣) انظر: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٠٠).

(٤) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١١٦).

(٦) المغني (٣٩٢/٩).

يأكل رأساً، لا يحنث برأس عصفور، لأن العرف خص الرأس بما يباع للأكل في الأسواق[١].

٥ – لا قطع في السرقة إلا إذا أخذ المال من الحرز، والعبرة في حرز المال العرف والعادة[٢].

٦ – القواعد المندرجة تحت القاعدة:

ذكر السيوطي قاعدة واحدة مندرجة تحت القاعدة، كما ذكر قيوداً وشروطاً لتطبيق القاعدة سبق بيانها في شروط القاعدة.

وأما القاعدة المندرجة تحت القاعدة: "العادة المطردة في ناحية، هل تنزل عادتهم منزلة الشرط"[٣]، فإنها جاءت عند البعض ممن كتب في القواعد بهذا اللفظ[٤]، وذكرها آخرون بلفظ: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[٥].

١ – معنى القاعدة:

المراد من اطراد العادة: أن يكون العمل بها مستمراً في جميع الأوقات والحوادث، بحيث لا يتخلف إلا بالنص على خلافه[٦].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٢١).

(٢) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧٤).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢١٣).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (٢/١٠٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢١٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢٢)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/٨٤١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/٣٠١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣١٢).

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية (١/٤٦)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٣٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٠٦)، القواعد الفقهية لعزام (١٩٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٥٠).

(٦) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٩٥).

ومعنى القاعدة: "أن الشيء المعتاد في المعاملات يلزم في العقد، كما لو نص عليه نصاً صريحاً"[١].

فما تعارف عليه الناس في معاملاتهم أو اعتادوا التعامل عليه لا يحتاج إلى ذكر صريح في العقد، وهو يقوم مقام الشرط في الالتزام والتقييد إذا توافرت فيه شروط اعتبار العرف التي سبق ذكرها[٢].

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – لو جرت عادة المقترض برد أكثر مما اقترض، فهل يترل مترلة الشرط، فيحرم إقراضه وجهان: أصحهما: لا[٣].

٢ – لو عمَّ في الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن، فهل يترل مترلة شرطه حتى يفسد الرهن، قال الجمهور: لا، وقال القفال: نعم[٤].

٣ – إذا اشترى شخص سيارة فإن توابعها من عدة ومفاتيح وعجل احتياطي تدخل في المبيع ولو لم ينص على ذلك، لأن الناس تعارفوا على ذلك[٥].

* * *

(١) العادة والعرف لأبي سنة (٢٢١).

(٢) انظر: ص (٢٤١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢١٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢٣).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢١٤).

(٥) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (٢٥١).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "العادة محكمة"

المستثنيات من هذه القاعدة مسألتان ذكرهما الشافعية وهما كالتالي:

المسألة الأولى: عدم صحة البيع بالمعاطاة.

المسألة الثانية: عدم استحقاق الصناع الأجرة على عمل قاموا به بدون عقد.

* * *

المسألة الأولى: عدم صحة البيع بالمعاطاة[1].

البيع بالمعاطاة من المسائل التي لم يعتبر الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ العادة فيها.

والمعاطاة في اللغة: من التعاطي مصدر تعاطى، بمعنى: تناول الإنسان الشيء بيده[2].

واصطلاحاً: "أن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر الثمن، من غير تكلم ولا إشارة"[3].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اختلف العلماء في البيع بالمعاطاة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: صحة البيع بالمعاطاة، وهذا قول الحنفية[4]، والمالكية[5]، وقول عند الشافعية[6]، والصحيح من مذهب الحنابلة[7].

القول الثاني: صحة البيع بالمعاطاة في المحقرات فقط، وهذا قول بعض الحنفية[8]، وبعض الشافعية[9]، وبعض الحنابلة[10].

القول الثالث: عدم صحة البيع بالمعاطاة، وهذا هو المشهور من مذهب

---

(١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١٤٦/١)، المنثور في القواعد (٣٥٧/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٣٠٦/١).

(٢) انظر: لسان العرب (٣٠١/١٩).

(٣) حاشية الدسوقي (٣/٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٣٤/٥)، تبيين الحقائق (٢٧٩/٤).

(٥) انظر: مواهب الجليل (١٣/٦)، حاشية الدسوقي (٣/٣).

(٦) انظر: المجموع (١٤٩/٩)، مغني المحتاج (٣/٢).

(٧) انظر: المغني (٧/٦)، الإنصاف (١٢/١١).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (١٣٤/٥)، تبيين الحقائق (٢٧٩/٤).

(٩) انظر: المجموع (١٤٩/٩)، مغني المحتاج (٣/٢).

(١٠) انظر: المغني (٧/٦)، الإنصاف (١٢/١١).

الشافعية[١]، ورواية عند الحنابلة[٢].

أدلة القول الأول:

١ - إن الله تعالى أحل البيع بقوله: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾[٣]، و لم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، والمسلمون في أسواقهم وبياعتهم على ذلك[٤].

٢ - قوله تعالى: ﴿ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٥].

وجه الاستدلال: إن التجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل، وهو تفسير التعاطي[٦]، وقد أجاز الله التجارة إذا كانت عن تراضٍ و لم يحدد صيغة خاصة للدلالة على هذا التراضي[٧].

٣ - أنه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً، ولو كان ذلك شرط، لوجب نقله[٨].

دليل القول الثاني:

جريان العادة ونظراً لكثرة وقوعها وعموم البلوى بها[٩].

أدلة القول الثالث:

١ - قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[١٠].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٣)، مغني المحتاج (٣/٢).

(٢) انظر: الإنصاف (١٢/١١).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٧٥).

(٤) انظر: المغني (٨/٦).

(٥) سورة النساء، الآية (٢٩).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (١٣٤/٥).

(٧) انظر: المغني (٩/٦).

(٨) انظر المرجع السابق.

(٩) انظر: تبيين الحقائق (٢٧٩/٤).

(١٠) سورة النساء، الآية (٢٩).

وجه الاستدلال: إن الرضا أمر خفي لا يطلع عليه، فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة[١].

٢ – القياس على النكاح فإنه لا ينعقد إلا باللفظ[٢].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن الأصل عدم تخصيص صيغة معينة، تجري من خلالها عقود البيع المختلفة، وليس هناك نص صريح يخرج الحكم عن هذا الأصل، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم في كل عصر، و لم ينقل إنكاره قبل من قال بعدم صحة البيع بالمعاطاة[٣].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إن الله تعالى أحل البيع، و لم يثبت في الشرع اشتراط لفظ له، فوجب الرجوع إلى العرف، فكل ما أعده الناس بيعاً كان بيعاً[٤].

لأن "كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"[٥]، لذا فإن هذه المسألة مندرجة تحت قاعدة: "العادة محكمة"، وقد ذكرها السيوطي فرعاً من فروع هذه القاعدة[٦].

وأما على المشهور من مذهب الشافعية، ورواية عند الحنابلة فإنها من مستثنياتها.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة ذكرها العلائي والزركشي من مستثنيات قاعدة: "العادة محكمة"[٧]،

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٣/٢).

(٢) انظر: المجموع (١٥٠/٩).

(٣) انظر: المغني (٨/٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٣).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي (٢١٩/١).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١٩٦/١).

(٧) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب (١٤٦/١)، المنثور في القواعد (٣٥٧/٢).

حسب القول المشهور عند الشافعية، و لم يذكرا ولا غيرهما - حسب ما وقفت عليه - سبب الاستثناء، وإنما السبب في قول الشافعية في عدم صحة البيع بالمعاطاة: اشتراط الصيغة في البيع، والفعل لا يدل على الرضا بوضعه، فالمقبوض بالمعاطاة كالمقبوض ببيع فاسد[1].

وكما سبق بيانه في المقصد السابق فالمسألة ليست من مستثنيات القاعدة على القول الراجح بل مندرجة تحتها.

* * *

(١) انظر: مغني المحتاج (٣/٢)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢٩٢/١).

المسألة الثانية: عدم استحقاق الصناع الأجرة على عمل قاموا به بدون عقد[١].

هذه المسألة من المسائل التي لم يعتبر الإمام الشافعي رحمه الله العادة فيها، قال الماوردي في الحاوي: «إذا دفع الرجل ثوبه إلى غسال فغسله، أو قصار فقصره، من غير أن يذكر له أجراً، قال الشافعي: لا أجرة له»[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة:

صورة المسألة: أن يدفع ثوباً إلى خياط ليخيطه، أو قصار ليقصره، ولم يشترط الخياط شيئاً من المال، فهل يستحق الخياط شيئاً أم لا؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن له أجرة المثل، وهذا قول المالكية[٣]، وقول عند الشافعية[٤]، والصحيح من مذهب الحنابلة[٥].

القول الثاني: إن له أجرة المثل إذا كان الأجير معروفاً بذلك العمل بأجرة، وهذا قول عند الشافعية[٦]، وقول عند الحنابلة[٧]، ومحمد بن الحسن من الحنفية[٨].

القول الثالث: لا أجرة له، وهذا قول الحنفية[٩]، والأصح عند الشافعية[١٠]، وقول

---

(١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب (١/١٤٥)، المنثور في القواعد (٢/٣٥٧)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٧٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٠٦).

(٢) الحاوي (٩/٢٧٦).

(٣) انظر: النوادر والزيادات (٧/٤٩)، الذخيرة (٥/٣٧٨).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٧/٣٠١)، مغني المحتاج (٢/٣٥٢).

(٥) انظر: الفروع (٧/١٤٢)، الإنصاف (١٤/٢٩٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/٣٠١)، مغني المحتاج (٢/٣٥٢).

(٧) انظر: الإنصاف (١٤/٢٩١).

(٨) انظر: المحيط البرهاني (٩/٣٧٦)، البحر الرائق (٧/٣٠١).

(٩) انظر: المرجعين السابقين.

(١٠) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٠١)، مغني المحتاج (٢/٣٥٢).

عند الحنابلة[١].

دليل القول الأول:

إن دافع الثوب قد استهلك عمله، فاستحق العامل أجرة المثل[٢].

دليل القول الثاني:

ما دام أن العامل معروف بذلك، فإن العرف الجاري يقوم مقام العمل[٣].

دليل القول الثالث:

إن دافع الثوب لم يلتزم للعامل عوضاً فصار كقوله: أطعمني فأطعمه[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن العرف يجري بأن الناس لا يؤجرون ما يملكون مجاناً[٥]، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[٦]، وكون الأجرة لم تذكر لا يعني ذلك أن صاحب المنفعة لا يريد أجراً.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

من خلال ما سبق بيانه من الأقوال في حكم المسألة، فإن أصحاب القول الأول والثاني اعتبروا العادة والعرف في هذه المسألة، فإذا كانت عادة الصناع لا يعملون ذلك إلا بالأجرة، وجبت لهم، لدلالة العرف على ذلك وقيامه مقام اللفظ[٧]، كما أنه جرت العادة أن الصانع لا يعمل مجاناً[٨]، وعلى هذين القولين فإن المسألة مندرجة تحت قاعدة:

---

(١) انظر: الإنصاف (١٤/٢٩٢).

(٢) انظر: النوادر والزيادات (٧/٤٩)، مغني المحتاج (٢/٣٥٢).

(٣) انظر: البحر الرائق (٧/٣٠١)، روضة الطالبين (٤/٣٠١)، كشاف القناع (٣/٥٥٥).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢/٣٥٢).

(٥) انظر: كشاف القناع (٣/٥٣٧).

(٦) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٦).

(٧) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب (١/١٤٦).

(٨) انظر: كشاف القناع (٣/٥٣٧).

"العادة محكمة" وليست مستثناة منها.

وبعضهم أدرجها تحت قاعدة: العادة المطردة، هل تنزل منزلة الشرط[١]، وبلفظ: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[٢]، وهذه القاعدة من القواعد المندرجة تحت قاعدة: "العادة محكمة".

وأما القول الثالث فلم يعتبر العرف في هذه المسألة، ولذا جاءت هذه المسألة من مستثنيات القاعدة عندهم.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

سبب الاستثناء قاعدة: "العادة المطردة، هل تنزل منزلة الشرط".

قال السيوطي: «لو دفع ثوباً إلى خياط ولم يذكر أجرة، وجرت عادته بالعمل بالأجرة فهل ينزل منزلة شرط الأجرة، خلاف، والأصح في المذهب: لا، واستحسن الرافعي[٣] مقابله[٤]»[٥].

فمن خلال كلام السيوطي يتبين أن سبب الاستثناء وعدم الأخذ بالعادة في هذه المسألة ترجيح: أن العادة المطردة لا تنزل منزلة الشرط.

والراجح ما ذكرته في المقصد الأول من أن المسألة مندرجة تحت القاعدة وليست مستثناة منها.

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢١٥/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢٢)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٨٤١/٢).

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤٦/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٣٧).

(٣) أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، له مؤلفات منها: فتح العزيز شرح الوجيز، شرح مسند الشافعي، المحرر، توفي سنة ٦٢٣هـ.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢٨١/٨)، طبقات الشافعية للإسنوي (٥٧١/١).

(٤) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز (١٥٠/٦).

(٥) الأشباه والنظائر (٢١٥/١).

الباب الثاني

المستثنيات من القواعد الكلية

القواعد الكلية الصغرى هي التي ترجع إليها مسائل كـثيرة مـن أبـواب الفقـه الإسلامي لكنها أقل من القواعد الكلية الكبرى من حيث المسائل وأبواب الفقـه، هـذا بالإضافة إلى أن بعض هذه القواعد يندرج تحتها قواعد فرعية وبعضها لا يندرج تحتها أية قاعدة من القواعد الفرعية[١].

وذكر السيوطي أربعين قاعدة كلية خرج عن بعضها مسائل استثنيت منها، ذكرها ممن كتب في القواعد الفقهية، ولذا سيشتمل هذا الباب على القواعد التي طـرأ عليهـا استثناء وهي تسع وعشرون قاعدة يأتي بيانها في تسعة وعشرين فصلاً.

* * *

(١) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (٢٩٩).

الفصل الأول

المستثنيات من قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"

وفيه تمهيد ومبحث واحد.

- التمهيد: في معنى القاعدة وضوابطها وأدلتها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد".

* * *

قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"(١)

هذه القاعدة تعد من القواعد الكلية التي يندرج تحتها عدد كبير من الفروع الفقهية، ولهذا قلما يخلو كتاب من كتب القواعد الفقهية من التنصيص على هذه القاعدة، أو الإشارة إليها.

وتظهر أهميتها في باب القضاء إذ هي من مستندات منع نقض حكم القاضي في محل الاجتهاد، سواء كان ذلك من قبل القاضي نفسه، أو من قبل غيره.

التمهيد: في معنى القاعدة وضوابطها وأدلتها وتطبيقاتها:

١ - معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الاجتهاد في اللغة: هو افتعال من الجَهْد، والجُهْد: بمعنى المشقة(٢) يقال: جهد دابته، وأجهدها إذا حمل عليها فوق طاقتها، ويقال: جهد الرجل في كذا، أي: جد فيه وبالغ(٣).

الاجتهاد في الاصطلاح:

عرف الأصوليون الاجتهاد بتعريفات متعددة، وأقرب هذه التعريفات ما نقله

---

(١) انظر: رسالة الكرخي في الأصول (١٧١)، الفروق للقرافي (١٧٩/٢)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤٠١/١)، المنثور في القواعد (٢٦/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٢٥/١)، إيضاح المسالك للونشريسي (٦١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢٩)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢٤٧/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٥٥)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٧٠/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٣)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٣٢)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٨٦)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٦٦)، القواعد الفقهية لعزام (٢٣٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٣٨٩/١).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٤٨٦/١).

(٣) انظر: الصحاح (٤٦٠/٢).

الشوكاني في إرشاد الفحول: «بذل الفقيه الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط»[١].

وهذا التعريف أقرب من غيره؛ لما فيه من زيادة الاحتراز بجعل الاجتهاد يتم عن طريق الاستنباط.

وليس المراد بالاجتهاد في هذه القاعدة ذلك الاجتهاد الاصطلاحي عند الأصوليين، وإنما يراد به معنى أعم وأشمل وذلك في ثلاثة أنواع:

النوع الأول: اجتهاد المجتهد في المسائل الظنية التي لم يرد فيها دليل قاطع.

النوع الثاني: الحادثة التي وقع فيها الحكم من القاضي.

النوع الثالث: مسائل التحري[٢].

النقض في اللغة:

مصدر للفعل نقض ينقض نقضاً، ويقال أيضاً، انتقض وتناقض، وهو إفساد ما أبرم من عقد أو بناء ونحوهما[٣].

والنقض في الاصطلاح:

النقض عند الأصوليين: "هو تخلف الحكم مع وجود ما ادعي كونه علة له"[٤]، فالمراد به عندهم هو أن يوجد الوصف ولا يوجد الحكم، فينتقض حينئذ كون الوصف علة.

والمراد به هنا ما جاء في التعريف اللغوي، حيث قال أهل اللغة: إن النقض هو الإبطال والإفساد لما تم إبرامه وإحكامه.

وعلى هذا يكون نقض الاجتهاد: "إبطال الاجتهاد وإفساده بعد أن وجد"[٥].

---

(١) (٢٩٥/٢).

(٢) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٨٥).

(٣) انظر: لسان العرب (٢٤٢/٧)، القاموس المحيط (٨٨٦/١).

(٤) الإحكام للآمدي (٨٩/٤).

(٥) نقض الاجتهاد دراسة أصولية للعنقري (١٧).

المعنى الإجمالي:

"إذا اجتهد مجتهد في مسألة ما من المسائل الاجتهادية وعمل باجتهاده، ثم بان لـه رأي آخر فعدل عن الأول في مسألة أخرى، فلا ينقض اجتهاده الثاني حكمه الناشئ عن اجتهاده الأول"[١].

٢ – ضوابط القاعدة:

ذكر السيوطي وابن نجيم وغيرهما ضوابط للقاعدة[٢]، وهي ما يلي:

الأول: أن يكون الاجتهاد صادراً فيما مضى، ولذا إذا كان الاجتهاد في قضية حالية أو مستقبلية فينقض الاجتهاد بتبدل الرأي، ويعمل بالاجتهاد الجديد لا السابق.

فالاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد أي في الماضي ولكن يغير الحكم في المستقبل، فلو كان القاضي قد قضى في حادثة باجتهاده، ثم تبدل اجتهاده، فرفع إليه نظيرها، فقضى فيه باجتهاده الثاني، لا ينقض الأول؛ لقول عمر ﷺ: (تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما قضينا اليوم)[٣].

الثاني: أن لا يكون الاجتهاد السابق مخالفاً لنص قطعي من القرآن أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع القطعي، أو القياس الجلي؛ وهو ما كانت علته منصوصة أو كان قد قطع بنفي الفارق بين الأصل والفرع، ففي هذه الحالات ينقض الاجتهاد السابق.

الثالث: أن لا يكون الاجتهاد السابق مبنياً على خطأ بين أو ظلم وجور، فإذا

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٣٣ – ٢٣٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣١ – ١٣٣)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٥٥ – ١٥٦)، تغير الاجتهاد لوهبة الزحيلي (٢٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٦٩).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كتاب الفرائض (١٠/٢٤٩)، واللفظ له، وابن أبي شيبة في كتاب الفرائض، باب في زوج وأم وإخوة وأخوات لأب وأم وإخوة لأم، من شرك بينهم رقم (٣١٦٢٠)، والدارمي في سننه، باب الرجل يفتي بالشيء، ثم غيره رقم (٦٥٠)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الفرائض، باب المشركة (٦/٢٥٥).

قضى القاضي بالجور أو الظلم، ثم تاب إلى الله وأراد الحق فينقض الحكم السابق.

الرابع: أن لا يكون الاجتهاد السابق متعلقاً بمصلحة عامة، فإذا كان كذلك وتغيرت المصلحة العامة نقض الحاكم الاجتهاد السابق.

٣ – أدلة القاعدة:

استدل الفقهاء والأصوليون لهذه القاعدة بالإجماع والمعقول:

من الإجماع:

إجماع الصحابة ﷺ فقد حكم بعض الصحابة في مسائل اجتهادية، ثم تغير اجتهادهم فيها بعد ذلك، ولم ينقضوا أحكامهم السابقة، كما لم ينقضوا أحكام غيرهم التي تخالف اجتهادهم، وقد حصل ذلك بمرأى ومسمع من الصحابة، ولم يثبت عن أحد منهم أنه أنكر أو خالف في ذلك؛ فكان إجماعاً[١].

ومن الأمثلة على ذلك:

١ – أن أبا بكر ﷺ سوى بين الناس في العطاء وأعطى العبيد[٢]، وخالف عمر ﷺ ففاضل بين الناس[٣]، وسوى علي ﷺ بين الناس[٤]، ولم ينقض واحد منهم فعل من قبله.

---

(١) انظر: أدب القاضي للماوردي (٦٨٣/١)، المغني (٣٥/١٤).

(٢) أخرجه أبو داود، في كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في قسم الفيء رقم (٢٩٥٢)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب من قال: يقسم للحر والعبيد (٣٤٨/٦)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (٢٩٥٢).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية، رقم (٢٩٥٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه، في كتاب الجهاد، باب ما قالوا في الفروض وتدوين الدواوين (١٢٩١٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب التفضيل على السابقة والنسب (٣٤٩/٦)، وحسنه الألباني موقوفاً في صحيح سنن أبي داود، رقم (٢٩٥٠).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب التسوية بين الناس في القسمة (٣٤٨/٦).

٢ – حكم عمر ﷺ بإسقاط الإخوة من الأبوين في المشركة، ثم شرك بينهم بعد ذلك، وقال: «تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما قضينا اليوم»[(١)].

من المعقول:

الاجتهاد الأول لو نقض بالثاني لَنُقِضَ الثاني بغيره وهلم جرا، وهذا يؤدي إلى اضطراب الأحكام وعدم استقرارها، وفي هذا مشقة شديدة[(٢)].

٤ – تطبيقات القاعدة:

يتفرع عن هذه القاعدة مسائل كثيرة في الفقه والقضاء، ومن ذلك:

١ – لو حكم القاضي برد شهادة الفاسق، ثم تاب فأعادها؛ لم تقبل.

وعلل بعضهم بأن قبول شهادته بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد[(٣)].

٢ – لو حكم القاضي بشيء ثم تغير اجتهاده لم ينقض الأول، وإن كان الثاني أقوى، غير أنه في واقعة جديدة لا يحكم إلا بالثاني بخلاف ما لو تيقن الخطأ[(٤)].

٣ – إذا حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها، فلا ينقض حكمه، مثل الحكم ببطلان خيار المجلس، والعرايا، ومنع القصاص في المثقل[(٥)].

* * *

---

(١) تقدم تخريجه ص (٢٦٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٢٦).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٢٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢٩).

(٤) انظر: المرجعين السابقين.

(٥) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٢٧)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٤).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"

لقاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد" مستثنيات جاءت على خلاف القاعدة، وأخذت حكماً غير حكم القاعدة.

ذكر بعض الحنفية مسألتين هما نقض الحِمَى ونقض القسمة، كما ذكر بعض الشافعية أربع مسائل مستثناة من القاعدة منها المسألتان اللتان ذكرهما الحنفية، وهذه المسائل على النحو التالي:

المسألة الأولى: إذا حمى الإمام أرضاً، فإنه يجوز لغيره من الأئمة نقضه.

المسألة الثانية: نقض القسمة في قسمة الإجبار بعد بيان الغلط أو الحيف.

المسألة الثالثة: إذا قوم شخص سلعة ثم اشتراها وبعد القبض تبين أنها معيبة بعيب مؤثر.

المسألة الرابعة: إذا أقام الخارج بينة وحُكِمَ له بها وصارت الدار في يده، ثم أقام الداخل بينة، حُكِمَ له بها، ونقض الحكم الأول.

* * *

المسألة الأولى: إذا حمى الإمام أرضاً، فإنه يجوز لغيره من الأئمة نقضه[1].

الحمى في اللغة: يقال حميته حماية إذا دفعت عنه، وهذا شيء حِمى، على فِعَل، أي محظور لا يُقْرَب[2].

وفي الاصطلاح: أن يحمي الإمام أرضاً من الموات، يمنع الناس من رعي ما فيها من الكلأ، ليختص بها دونهم لمصلحة المسلمين[3].

المقصد الأول: حكم المسألة.

لا يجوز لأحد أن يحمي مواتاً ليمنع إحياء الأرض، ورعي ما فيه من الكلأ[4]، لحديث الصعب بن جثامة[5] ﷺ قال سمعت النبي ﷺ يقول: (لا حمى إلا لله ولرسوله)[6].

ويجوز باتفاق الأئمة الأربعة بالصحيح عند الشافعية للإمام أن يحمي نخيل المجاهدين وإبل الصدقة[7]، بدليل أن النبي ﷺ حمى النَّقِيعَ[8] للخيل[9].

---

(١) انظر المنثور في القواعد (٢٨/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣٤/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٠)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٢٥١/١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣١/١)، شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي (٤٨/١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١٢/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٤)، القواعد الفقهية لعزام (٢٤٠).

(٢) انظر: الصحاح (٢٣١٩/٦).

(٣) انظر: المغني (١٦٥/٨)، مغني المحتاج (٣٦٨/٢).

(٤) انظر: المغني (١٦٥/٨).

(٥) الصعب بن جثامة بن قيس بن يعمر الليثي، روى عن النبي ﷺ، وروى عنه شريح بن عبيد الحضرمي، وعبد الله بن عباس ﷺ، مات في خلافة أبي بكر.
انظر: تهذيب الكمال (١٦٦/١٣)، تهذيب التهذيب (٣٤٥/٤)، الإصابة في تمييز الصحابة (٤٢٦/٣).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ، رقم (٢٣٧٠).

(٧) انظر: شرح معاني الآثار (٢٦٩/٣)، مواهب الجليل (٦١٣/٧)، روضة الطالبين (٣٥٧/٤)، المغني (١٦٥/٨).

(٨) النقيع: وادٍ من أودية الحجاز، يقع جنوب المدينة يبعد عنها قرابة ٤٠ كيلاً، جنوباً على طريق الفرع.
انظر: معجم البلدان (٣٠٢/٥)، معجم المعالم الجغرافية في السيرة النبوية (٣٢٠).

(٩) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ، رقم (٢٣٧٠).

وحمى عمر وعثمان رضي الله عنهما، واشتهر ذلك في الصحابة، فلم ينكر عليهما فكان إجماعاً[١].

وأما مسألة ما حماه الإمام ثم مات أو عزل فهل يجوز لغيره من الأئمة، نقضه؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يجوز للإمام الثاني نقضه، وهذا قول الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والأظهر عند الشافعية[٤]، والصحيح من مذهب الحنابلة[٥].

القول الثاني: لا يجوز له نقضه، وهذا وجه عند الشافعية[٦]، وعند الحنابلة[٧].

أدلة القول الأول:

١ - إن اجتهاد الإمام الأول اجتهاد في حماه في تلك المدة دون غيرها، فإذا مات أو عزل انتهى حكمه[٨].

٢ - إن هذا الحكم يدور مع المصلحة، فإذا رآها الثاني وجب اتباعها[٩].

أدلة القول الثاني:

١ - إن ذلك الحمى تعين على تلك الجهة كما لو عين بقعة لمسجد أو مقبرة فلا يجوز نقضه[١٠].

٢ - إن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه، كما لا يجوز نقض حكمه[١١].

---

(١) انظر: المغني (١٦٦/٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٠)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٢٥١/١٠).

(٣) انظر: تبصرة الحكام (٨٢/١)، مواهب الجليل (٦١٣/٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣٥٧/٤)، مغني المحتاج (٣٦٨/٢).

(٥) انظر: المغني (١٦٧/٨)، الإنصاف (١٥٩/١٦).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣٥٧/٤)، مغني المحتاج (٣٦٨/٢).

(٧) انظر: المغني (١٦٧/٨)، الإنصاف (١٥٩/١٦).

(٨) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥٩/١٦).

(٩) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٠)، مواهب الجليل (٦١٣/٧)، روضة الطالبين (٣٥٧/٤).

(١٠) انظر: مغني المحتاج (٣٦٨/٢).

(١١) انظر: المغني (١٦٧/٨).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول، لأن الأمور العامة غالباً ما تكون من الأمور الاجتهادية التي تدور مع المصلحة، ويرجع تحديدها إلى اجتهاد الإمام وسياسته، ومع تغير الإمام قد يخالفه الإمام الثاني في تحديد المصلحة فيتبعها تغير الحكم، لأن الحكم يدور مع المصلحة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا حمى الإمام أرضاً بتخصيصها لمنفعة يراها كبناء مدرسة أو مستشفى وغيرهما من المصالح العامة، فيجوز نقض ذلك الحمى ورفعه فيعود كما كان إذا ظهرت مصلحة في نقضه بعد ظهورها في الحمى.

ومعنى هذا نقض الاجتهاد بالاجتهاد، فتكون هذه المسألة مستثناة على رأي الجمهور، ومقابل القول الراجح لا يجوز نقض ما حماه الإمام؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة ذكرها الزركشي[٢]، والسيوطي[٣] من مستثنيات القاعدة، وذكر ابن نجيم نظيراً لها فقال: «إذا رأى الإمام شيئاً ثم مات أو عزل؛ فللثاني تغييره حيث كان في الأمور العامة»[٤].

وسبب الاستثناء المصلحة العامة للمسلمين، لأن الإمام قد يرى المصلحة في نقض حمى من قبله[٥].

---

(١) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٢٤٠).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (١/٢٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٣٤).

(٤) الأشباه والنظائر (١٣٠).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (١/٢٨)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/١٢).

وبتأمل هذه المسألة وما ذكر فيها من توجيه، نجد أن هناك قيداً لهذه القاعدة يتحدد به مجالها التطبيقي وهو: أن القاعدة تقيد بعدم المصلحة، بمعنى أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد إلا إذا اشتمل النقض على مصلحة عامة فيجوز[1]، وقد أشار إلى هذا الزركشي وابن نجيم.

قال الزركشي: «يستثنى من هذه القاعدة صور منها: أن للإمام الحمى، فلو أراد من بعده نقضه، فالأصح نعم، لأنه للمصلحة، وقد تغير»[2].

وقال ابن نجيم: «والجواب: أن هذا حكم يدور مع المصلحة، فإذا رآها الثاني، وجب اتباعها»[3]، وقال الحموي معلقاً على كلام ابن نجيم: «حاصله: تقييد القاعدة بعدم المصلحة، بمعنى أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد إلا إذا اشتمل النقض على مصلحة عامة»[4].

وبعد هذا يتبين أن في استثناء هذه المسألة نظر، لأن التغير الذي حصل كان لمصلحة، وإذا تغيرت المصلحة المقتضية تغير الحكم، لأن المصلحة كالعلة للحكم وهي تدور معه وجوداً وعدماً.

* * *

---

(١) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١٥/٢).

(٢) المنثور في القواعد (٢٨/١).

(٣) الأشباه والنظائر (١٣٠).

(٤) غمر عيون البصائر (٢٩٦/١).

المسألة الثانية: نقض القسمة في قسمة الإجبار بعد بيان الغلط أو الحيف[١].

القسمة في اللغة: اسم مصدر من قسمت الشيء جعلته أقساماً، والقسم بكسر القاف: النصيب المقسوم، وبفتحها: مصدر قسمت الشيء فانقسم، وقاسمه المال، وتقاسماه، واقتسماه[٢].

وفي الاصطلاح: "تمييز بعض الأنصباء عن بعض، وإفرازها عنها"[٣].

والقسمة نوعان:

١ – قسمة تراض: "وهي التي فيها ضرر ورد عوض من أحدهما على الآخر"[٤]، كالدور الصغار والدكاكين الضيقة وغيرها.

٢ – قسمة إجبار: "وهي ما لا ضرر فيها على الشريكين ولا على أحدهما ولا رد عوض"[٥] كالأرض الكبيرة والدار الكبيرة ونحوها.

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا ادعى بعض المتقاسمين غلطاً أو حيفاً في القسمة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، ولا يقبل قول المدعي إلا ببينة، فإن أقام بينة نقضت القسمة وأعيدت، وإن لم يقم بينة عادلة وطلب يمين المدعى عليه أنه لا فضل له أحلف له، وهذا باتفاق الأئمة الأربعة[٦].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢٨/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣٥/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٠)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٢٥٠/١)، شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي (٤٧/١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١٣/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٥)، القواعد الفقهية لعزام (٢٤١).

(٢) انظر: الصحاح (٢٠١١/٥)، مقاييس اللغة (٨٦/٥).

(٣) شرح منتهى الإرادات (٥٧٦/٦).

(٤) كشاف القناع (٣٦٤/٦).

(٥) المرجع السابق (٣٦٩/٦).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢٦/٧)، شرح فتح القدير (٤٤٧/٩)، مواهب الجليل (٤٢٤/٧)، منح الجليل (٦٤٨/٣)، روضة الطالبين (١٨٧/٨)، تحفة المحتاج (٣٩٨/٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٠٠/٢٩)، كشاف القناع (٣٨١/٦).

الأدلة:

١ – الدليل على طلب إقامة البينة:

إن المدعي يدعي نقض القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا ببينة، لأن البينة على المدعي[١].

٢ – الدليل على أن القول قول المدعى عليه مع يمينه عند عدم البينة:

حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"[٢].

٣ – الدليل على نقض القسمة:

(أ) أن ما ادعاه المدعي محتمل، ثبت ببينة عادلة، فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه، ثم ادعى غلطاً في كيله أو وزنه[٣].

(ب) أن في نقض القسمة وإعادتها على وجه الحق إيصال الحق لمن يستحقه[٤].

(ج) القياس على ما لو قامت بينة بجور القاضي أو كذب الشهود[٥].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا قُسِمَ في قسمة إجبار ثم قامت بينة بغلط القاسم أو حيفه نقضت، مع أن القاسم قسم باجتهاده، فنقض القسمة مشكل، لأنه من قبيل نقض الاجتهاد باجتهاد آخر[٦].

فالقسمة الأولى كانت باجتهاد والقسمة الثانية باجتهاد آخر ناقض للأول، فالمسألة

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٩/٤٤٧).

(٢) تقدم تخريجه ص (٩٢).

(٣) انظر: المغني (١٤/١١٥).

(٤) انظر: كشاف القناع (٦/٣٨١).

(٥) انظر: أسنى المطالب (٤/٣٣٣).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٣٥).

على هذا تكون مستثناة من القاعدة كما ذكر ذلك الزركشي والسيوطي وابن نجيم وغيرهم[(١)].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

من نقل استثناء هذه المسألة لم يذكر سببه، وإنما ذكر بعضهم اعتراضاً على الاستثناء:

قال ابن نجيم: «إن نقضها لفوات شرطها في الابتداء، وهو المعادلة فظهر أنها لم تكن صحيحة من الابتداء فهو كما لو ظهر خطأ القاضي بفوات شرط، فإنه ينقض قضاؤه»[(٢)].

وقال الأتاسي: «نقض القسمة لأمر ظهر، وهو عدم صحة الحكم بصحتها لفقد شرطها وهو التعادل، والقاعدة إنما في عدم جواز نقض الحكم الصحيح المستوفي شرائطه، بحكم مثله، وهذا من قبيل نقض الفاسد بالصحيح، فلا طائل في عدها من المستثنيات»[(٣)].

وبهذا يتبين أن من قيود القاعدة: أن يكون الاجتهاد الأول صحيحاً مستوفياً لشروطه، ولم يتحقق في هذه المسألة، فظهر أن هذه المسألة ليست مندرجة تحت القاعدة حتى تستثنى منها.

* * *

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢٨/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣٥/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٣٠).

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية (٤٧/١ – ٤٨).

المسألة الثالثة: إذا قوم شخص سلعة ثم اشتراها وبعد القبض تبين أنها معيبة بعيب مؤثر[1].

صورة المسألة: إذا قوم شخص سلعة رغبة في شرائها وبعد القبض تبين أنها معيبة بعيب مؤثر في القيمة بإنقاصها نقصاً بيِّناً ولم يكن المشتري يعلم العيب وقت العقد أو القبض.

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا اطلع المشتري على العيب بعد القبض فلا يخلو الأمر من أحد حالين:

إما أن يتمكن المشتري من رد العين المعيبة بأن كانت قائمة بحالها لم تتغير، وإما ألا يتمكن من ردها لموت أو تلف ونحو ذلك.

إذا تعذر على المشتري رد العين المعيبة ففي هذه الحالة يرجع المشتري على البائع بأرش ذلك العيب، وأما إذا لم يتعذر الرد فالمشتري بالخيار بين الرد أو الإمساك مع أرش النقص، وهذا باتفاق الأئمة الأربعة[2].

واستدلوا بالتالي:

١ - إنَّ تعذر رد العين المعيبة ضرر على المشتري، ولا يمكن دفعه إلا بتقدير ذلك العيب وتعويضه[3].

٢ - إن المتعاقدين قد تراضيا على الثمن مقابل السلعة، فكل جزء من الثمن يقابل جزءاً من المثمن، ومع العيب في السلعة يفوت جزء من الثمن بلا مقابل، ولا

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢٨/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣٥/١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١٤/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٥)، القواعد الفقهية لعزام (٢٤٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٨٣/٥ - ٢٨٩)، شرح فتح القدير (١٢/٦)، مواهب الجليل (٤٢٣/٤)، حاشية الخرشي (١٣٩/٥)، روضة الطالبين (٤٧٢/٣)، مغني المحتاج (٥٤/٢)، المغني (٢٢٥/٦)، كشاف القناع (٢١٠/٣).

(٣) انظر: المبدع (٩٣/٤).

مناص من تعويض هذا النقص في هذه الحالة إلا أن يرجع المشتري على البائع ببدل ذلك النقص وهو الأرش(١).

٣ - إن الحق للمشتري فيستوفيه إما بإرجاع المعيب وأخذ ثمنه أو إمساكه والرجوع بأرش العيب، وقد اختار ذلك وتراضيا عليه، والحق لهما ولا يعدوهما فلم يوجد ما يمنع ذلك(٢).

وطريقة التقويم: أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً وينظر إلى النسبة بين القيمتين ويدفع البائع للمشتري عوضاً عن الوصف الفائت مبلغاً يعادل النسبة بين قيمة الصحيح وقيمة المعيب في الثمن(٣).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا قوم شخص سلعة اجتهاداً منه بأن قدرها بمبلغ معين، ثم اطلع على صفة نقص، وتبين له أن القيمة الحقيقية خلاف ما قوم به بطل التقويم الأول، وبحسب القاعدة لا يبطل، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

والحقيقة أن هذه المسألة ليست داخلة تحت القاعدة كما قال الزركشي: «لكن هذا ليس بنقض الاجتهاد بالاجتهاد، بل يشبه نقض الاجتهاد بالنص»(٤)، وكذا قال السيوطي(٥).

والمراد بالنص هنا: الأمر اليقيني بالاطلاع على صفة النقص(٦).

وبهذا يتبين أن المسألة ليست داخلة تحت القاعدة، فلا وجه إذاً بالقول بالاستثناء.

---

(١) انظر: المغني (٦/٢٢٩)، المقنع مع حاشيته (٢/٤٤) [ط: المؤسسة السعدية].

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٩١).

(٣) انظر: المغني (٦/٢٢٩).

(٤) المنثور في القواعد (١/٢٨).

(٥) الأشباه والنظائر (١/٢٣٥).

(٦) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/١٧).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة ذكرها الزركشي والسيوطي وغيرهما و لم يذكروا سبب الاستثناء، وإنما بينوا أن المسألة لا تندرج تحت القاعدة إذ إنها من نقض الاجتهاد بالنص لا بالاجتهاد.

* * *

المسألة الرابعة: إذا أقام الخارج بينة وحكم له بها وصارت الدار في يده، ثم أقام الداخل بينة حكم له بها، ونقض الحكم الأول[1].

المقصد الأول: حكم المسألة.

هذه المسألة مبنية على مسألة تعارض البينات والعين بيد أحدهما دون الآخر.

فإذا ادعى شخص داراً في يد آخر، وأقام البينة على أنها ملكه، وادعاها صاحب اليد وأقام البينة على أنها ملكه، و لم يكن هناك مرجح غير اليد، فهل يحكم بالعين للخارج أو يحكم بها لصاحب اليد؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن بينة الداخل (صاحب اليد) تقدم على بينة الخارج (المدعي)، لأنها ترجحت باليد، وهذا قول المالكية[2]، والشافعية[3]، ورواية عند الحنابلة[4].

القول الثاني: أن بينة الخارج أولى ولا تسمع بينة الداخل، وهذا قول الحنفيـة[5]، والمشهور من مذهب الحنابلة[6]، وقول بعض المالكية[7].

أدلة القول الأول:

١ – حديث جابر بن عبد الله ﵄ (أن رجلين تداعيا بدابة فأقام كل واحد منهما البينة أنها دابته، نتجها، فقضى بها النبي ﷺ للذي هي في يده)[8].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١/٢٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٣٥)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية (٢/١٥)، القواعد الفقهية لعزام (٢٤٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١/٣٩٢).

(٢) انظر: تبصرة الحكام (١/٢٦٤)، تهذيب الفروق (٤/١٠٧).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/٤٨٠)، أدب القضاء للهمداني (٢٩٧).

(٤) انظر: المغني (١٤/٢٧٩)، الفروع (١١/٢٨٣).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٣٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١٥/٤٦٩).

(٦) انظر: المغني (١٤/٢٧٩)، الفروع (١١/٢٨٣).

(٧) انظر: تبصرة الحكام (١/٢٦٤).

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الدعوى والبينات باب المتداعيين يتنازعان شيئاً في يد أحدهما=

وجه الاستدلال:

أن البينتين تعارضتا في الملك، فكان وجود الدابة في يد أحد المتنازعين مقوياً لجانبه، فوجب إبقاء يده على ما فيها كما لو لم تكن لواحد منهما بينة[١].

٢ – قياس البينتين على الخبرين اللذين مع أحدهما قياس، فإذا تعارض خبران، وكان مع أحدهما قياس فإنه يقدم، فكذلك إذا تعارضت بينتان وكانت اليد تشهد لإحداهما فإنها تقدم[٢].

٣ – إن اليد مرجحة لجانب صاحبها في حالة ما لو لم يكن هناك بينة، فكذلك ترجح جانبه في حالة تعادل البينتين[٣].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث عبد الله بن عباس ﵄ أن النبي ﷺ قال: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"[٤].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ جعل جنس البينة على المدعي، ولم يجعل على المدعى عليه إلا اليمين فلا تسمع بينته[٥].

٢ – أن بينة الخارج أظهرت له سبق اليد، لأنهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق إلا بعلمهم، ولا يحصل العلم بالملك إلا بدليله وهو اليد، فإذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال في يده، وكون المال في يد ذي اليد ثابت في الحال، فكانت يد الخارج سابقة فكان القضاء بها أولى[٦].

=ويقيم كل واحد منهما على ذلك بينة (٢٥٦/١٠)، قال ابن حجر في تلخيص الحبير (٣٨٥/٤): «إسناده ضعيف».

(١) انظر: المغني (٢٨٠/١٤).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤٨٠/٤).

(٣) انظر: تهذيب الفروق (١٠٧/٤).

(٤) تقدم تخريجه ص (٩٢).

(٥) انظر: المغني (٢٨٠/١٤).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٢/٦).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لحديث جابر فإنه صريح في الترجيح باليد، حيث قضى النبي ﷺ لصاحبها[1]، ولأنه عند تعارض البينات فإنه يترك المتنازع فيه مع صاحب اليد.

أما الحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني فلا يمنع قبول البينة من صاحب اليد في هذه الحالة؛ لأنه يطلب لنفسه بقاء اليد، فتكون البينة مشروعة في حقه لأنه طالب.

وبناء على هذا فإن من يرى تقديم بينة الداخل يرى النقض، ومن يرى تقديم بينة الخارج لا يرى النقض.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا احتل شخص مكان آخر وأقام الخارج بينة وليس عند صاحب المكان بينة فحكم للخارج، ثم أقام الداخل بينة فحكم له بها، فهذا نقض الاجتهاد بالاجتهاد.

وبتأمل هذه المسألة تبين أنها ليست من باب نقض الاجتهاد بالاجتهاد؛ لأن الحكم وقع بناء على أن لا معارض، فإذا ظهر عمل به[2].

فعدول القاضي في هذه القضية لا يسمى نقضاً وإنما تبين له الخطأ في القضاء فحكم لمن رجحته البينة ووضع اليد فيسمى هذا عدولاً عن الخطأ، فلم تكن من القاعدة لظهور خطأ الاجتهاد الأول، كما إذا أخطأ القاضي في شرط فيبطل الحكم، وهذا ما استقر عليه القاضي حسين من الشافعية[3].

---

(١) تقدم تخريجه ص (٢٧٤).

(٢) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (١/١٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٩٢).

(٣) انظر: إعانة الطالبين (٤/٤٠٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٣٥).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء

هذه المسألة ذكرها الزركشي[1]، والسيوطي[2]، من مستثنيات القاعدة، ولم يذكرا سبب الاستثناء، لكن كما سبق بيانه في المقصد السابق من أن الصحيح في هذه المسألة عدم دخولها تحت القاعدة، فلا وجه للقول بالاستثناء.

* * *

(١) انظر: المنثور في القواعد (١/٢٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٣٥).

الفصل الثاني

المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"

وفيه تمهيد ومبحثان.

- التمهيد في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.
- المبحث الأول: المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام".
- المبحث الثاني: المستثنيات من قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي، قدم المانع".

* * *

قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"[١]

التمهيد في معنى القاعدة وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها:

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تتعلق بالمرجحات التي يُفْزَع إليها عند تعارض دليلين: أحدهما يفيد الإباحة، والآخر يفيد التحريم، فيقدم الدليل الذي يفيد التحريم على الذي يفيد الإباحة[٢].

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الحلال في اللغة: مأخوذ من حل الشيء يَحِل حِلاً فهو حَلاَل، فهو من حَلَّلْت الشيء إذا أبحته وأوسعته لأمر فيه[٣].

وفي الاصطلاح: "كل شيء لا يعاقب عليه باستعماله" أو "ما أطلق الشرع فعله"[٤].

والحرام في اللغة: مأخوذ من حرم الشيء حُرُماً وحَرْماً، أي امتنع فعله، وأصله في اللغة يدل على المنع والتشديد، فالحرام ضد الحلال[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١٧)، المنثور في القواعد (١/٥٠)، القواعد للحصني (٢/٩٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٣٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٤)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (١/٢٩٠)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٥١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٨)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٧١)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٢٤)، القواعد الفقهية لعزام (٢٥٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٦٩٥).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (١/٥٠)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٢٥).

(٣) انظر: مقاييس اللغة (٢/٢٠)، المصباح المنير (١٤٧).

(٤) التعريفات للجرجاني (١٢٥، ١٢٦).

(٥) انظر: مقاييس اللغة (٢/٤٥)، المصباح المنير (١٣١).

وفي الاصطلاح: "هو ما ينتهض فعله سبباً للذم شرعاً بوجه ما من حيث هو فعل له"[١].

المعنى الإجمالي:

"إذا تعارض في المسألة وجهان: وجه إباحة، ووجه تحريم.

إما في أصل مأخذ المسألة في الشريعة: كحديثين متعارضين أو قياسين متخالفين، وإما في تطبيق صورة حادثة بما تقدر في الشريعة من حكمي الإباحة والتحريم، فيقدم الترك على الفعل، والأخذ بما لا اشتباه فيه مما فيه اشتباه"[٢].

فهذه القاعدة يشمل حكمها حالتين:

الحالة الأولى: أن يجتمع الحلال والحرام، والحكم فيها يكون بالنظر إلى الأكثر والغالب من الحلال والحرام، فيكون حكم الأكثر هو حكم الكل.

الحالة الثانية: أن يتقابل الدليلان في حكم المسألة: دليل يقتضي التحريم والآخر يقتضي الإباحة فيقدم دليل التحريم[٣].

٢ - شروط القاعدة:

يشترط لإعمال هذه القاعدة ثلاثة شروط وهي[٤]:

١ - أن يعجز عن إزالة الاشتباه في المسألة، فعلى المسلم بذل ما في وسعه لإزالة ذلك الاشتباه، فإن كان عالماً اجتهد في إزالته في إطار قواعد أصول الفقه، وإن كان عامياً سأل أهل العلم، ولا يجوز له سلوك سبيل الاستباحة من غير تقليد لأحد المجتهدين، كما لا يجوز للمجتهد أن يسلك سبيل استباحة من غير اجتهاد.

---

(١) الإحكام للآمدي (١/١١٣).

(٢) القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (٣٢٥).

(٣) انظر: نهاية السول في شرح منهاج الأصول للإسنوي (٢/١٠٠٠)، التقرير والتحبير لابن أمير حاج (٣/٢١)، إرشاد الفحول للشوكاني (٢/٤٠٤)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٧٢).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (٣٣٠).

٢ – أن يتساوى الحل والحرمة، أما إذا ترجح أحدهما على الأخر فيغلب جانب الراجح منهما.

٣ – أن يكون الحلال متعلقاً بالمباحات وليس بالواجبات أما إذا تعلق الحلال بالواجبات: كأن يختلط واجب بمحرم فَيُغَلَّب الواجب على المحرم.

٣ – أدلة القاعدة:

هذه القاعدة لم يرد بلفظها حديث صحيح، وأما ما ذكره بعض من كتب في القواعد بلفظ: (ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام)[١]، فإنه لا أصل له، غير أن القاعدة في نفسها صحيحة[٢].

وهناك جملة من الأحاديث تصلح أن تكون مستنداً لهذه القاعدة، ومن ذلك:

١ – حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (إن الحلال بيِّن، وإن الحرام بيِّن، وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه)[٣].

والمشتبه: "هو كل ما ليس بواضح الحل والحرمة مما تنازعته الأدلة، وتجاذبته المعاني، فبعضها يعضده دليل الحرام، وبعضها يعضده دليل الحلال"[٤].

٢ – حديث الحسن بن علي[٥] رضي الله عنهما قال: حفظت من رسول الله ﷺ: (دع ما

---

(١) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال (٥/٢٩٩)، من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال العراقي في تخريج منهاج الوصول (٨٧): «لا أصل له»، وقال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة: «باطل»، رقم (٣٨٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١٧).

(٣) تقدم تخريجه ص (٦٠).

(٤) فتح المبين بشرح الأربعين لابن حجر الهيتمي (١١٢ – ١١٣).

(٥) أبو محمد الحسن بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب سبط رسول الله ﷺ وريحانته وسيد شباب الجنة، توفي سنة ٤٩هـ. =

يَرِيبُكَ إلى ما لا يَرِيبُكَ)[1].

ومن الآثار:

ما ورد عن عثمان بن عفان ﷺ أنه لما سئل عن جمع الأختين بملك اليمين قال: (أحلتهما آية وحرمتهما آية، والتحريم أحب إلينا)[2].

قال الزركشي بعد قول عثمان بن عفان ﷺ: «قال الأئمة وإنما كان التحريم أحب، لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم وذلك أولى من عكسه»[3].

٤ – تطبيقات القاعدة:

١ – يحرم على المسلم قطع الشجرة التي بين الحل والحرم[4].

٢ – لو رمى صيداً فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم للاحتياط[5].

= انظر: سير أعلام النبلاء (٣/٢٤٥)، الإصابة في تمييز الصحابة (٢/١٢).

(١) أخرجه الترمذي في كتاب صفة القيامة والرقائق والورع، رقم (٢٥١٨)، والنسائي في السنن الكبرى في كتاب الأشربة، باب الحث على ترك الشبهات رقم (٥٢٠١)، والدارمي في سننه كتاب البيوع، باب دع ما يريبك إلى ما لا يريبك (٢/٢٤٥)، وابن حبان في كتاب الرقائق، باب الورع والتوكل رقم (٧٢٢)، والحاكم في المستدرك، كتاب الأحكام، باب الصدق طمأنينة والكذب ريبة، رقم (٧١٢٨)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب كراهية مبايعة من أكثر ماله حرام (٥/٣٣٥)، وعبد الرزاق في مصنفه في كتاب الصلاة، باب القنوت، رقم (٤٩٨٤)، قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»، وصححه الألباني في صحيح وضعيف سنن الترمذي، رقم (٢٥١٨).

(٢) أخرجه مالك في كتاب النكاح، باب ما جاء في إصابة الأختين في ملك اليمين، رقم (١٥٢٠)، والدارقطني في كتاب النكاح، باب الذي بيده عقدة النكاح رقم (٣٧٢٥)، وعبد الرزاق في مصنفه كتاب الطلاق، باب من جمع بين ذوات الأرحام في ملك اليمين رقم (١٢٧٢٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب في الرجل يكون عنده الأختان مملوكتان فيطأهما جميعاً رقم (١٦٣٩٦). قال سليم الهلالي في تحقيقه موطأ مالك (٣/١٢٣٣): «سنده صحيح».

(٣) المنثور في القواعد (١/٥٠).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٥).

(٥) انظر: المرجع السابق.

٣ – تحرم المساهمة في الشركات التي نشاطها مباح وتودع أموالها في البنوك بفائدة ربوية[(١)].

٤ – لو اشتبهت مَحْرَم بأجنبيات محصورات لم تحل هذه الأجنبيات[(٢)].

٥ – القواعد المندرجة تحت القاعدة:

يندرج تحت قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام" قاعدتان:

الأولى: قاعدة "إذا اجتمع في العبادة جانب الحضر، وجانب السفر، غلب جانب الحضر"[(٣)].

وهذه القاعدة عند الشافعية، أما الحنفية فقال ابن نجيم: «وليس من القاعدة: ما إذا اجتمع في العبادة جانب الحضر، وجانب السفر، فإنا لا نغلب جانب الحضر»[(٤)].

ومن تطبيقات القاعدة[(٥)]:

١ – لو مسح حضراً، ثم سافر، أو عكس، أتم مسح مقيم.

٢ – لو أحرم قاصراً، فبلغت سفينته دار إقامته أتم.

٣ – لو قضى فائتة سفر في الحضر، أو عكسه، امتنع القصر.

---

(١) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء (٤٠٨/١٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٤٠/١).

(٣) انظر: المنثور في القواعد (٤٩/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٥٥/١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٨١/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٩٣).

(٤) الأشباه والنظائر (١٤٣).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (٤٩/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٥٥/١).

الثانية: قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي، قدم المانع"(١).

١ - معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

المانع في اللغة: يقوم على ثلاثة حروف أصول هي الميم والنون والعين، وهي تدل على معنى واحد، وهو خلاف الإعطاء، ومنعه يمنعه بفتح نونهما، ضد أعطاه(٢).

وفي الاصطلاح: "ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود، ولا عدم لذاته"(٣).

المقتضي في اللغة: مأخوذ من قضى، القاف والضاء والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، ومنه طلب الشيء يقال: اقتضى الدين: طلبه(٤).

وفي الاصطلاح: "اللفظ الدال على ثبوت الحكم"(٥).

فالمانع وصف وجودي يلزم من وجوده العدم، والمقتضي وصف وجودي يلزم من وجوده الوجود(٦).

المعنى الإجمالي:

"إذا وجد في مسألة سبب يستلزم العمل بها، وسبب آخر يمنع العمل، يرجح

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١/٢١١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٥٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٤)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (١/٢٧٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٧)، شرح المجلة للأتاسي (١/١٠٣)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٤٣)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٨٤)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٩٤)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة لزيدان (١٠٨)، القواعد الفقهية لعزام (٢٥٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٢٤٤).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٥/٢٧٨)، القاموس المحيط (٣/٨٦).

(٣) شرح الكوكب المنير (١/٤٥٦).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (٥/٩٩)، المصباح المنير (٢/٥٠٧).

(٥) المحصول للرازي (٣/١٩).

(٦) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٢٥٦).

المانع"[١].

فإذا كان للشيء الواحد، أو العمل الواحد، محاذير تستلزم منعه، وكان لـه دواع تقتضي تسويغه، فقد تعارضا، ويرجح منعه[٢].

"وينبغي أن يقيد إطلاق قاعدة تقديم المانع على المقتضي بما إذا لم يَرْب المقتضي على المانع، بأن تساويا؛ كما في مسألة بيع الراهن العين المرهونة، فإن المانع والمقتضي متساويان فيها لتعلقهما بالمال المرهون على السواء، أو ربا المانع؛ كما في مسألة الخروج على الإمام الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه مفسدة أعظم من جوره، فإنه حينئذ يقدم المانع، أما إذا ربا المقتضي على المانع فالظاهر أنه يقدم المقتضي، بدليل ما ذكروا في المضطر إذا لم يجد ما يدفع به الهلاك عن نفسه إلا طعام الغير فإنه يجوز له تناوله جبراً عليه ويضمنه له"[٣].

وكذلك فإن محل تقديم المانع على المقتضي إنما يكون إذا وردا على محل واحد، أما إذا لم يردا على محل واحد فإنه يعطى كل منهما حكمه، بدليل ما قالوا فيما لو جمع بين من تحل له ومن لا تحل له في عقد واحد: صح في الحلال وبطل في الأخرى[٤].

٢ - دليل القاعدة:

حديث أبي هريرة ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم)[٥].

فالحديث فيه دلالة على أن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات[٦].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤٧/١).

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام (٩٩٧/٢).

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٤٣).

(٤) انظر: المرجع السابق (٢٤٥).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ، رقم (٧٢٨٨)، ومسلم في كتاب الفضائل، باب توقيره ﷺ، رقم (١٣٣٧).

(٦) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٤٣).

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – إذا كان السفل من البناء لواحد والعلو لآخر، فإن كلاً منهما ممنـــوع عـــن التصرف في ملكه بما يضر بملك صاحبه، تغليباً للمانع على المقتضي[1].

٢ – منع المؤجر عن التصرف في العين المستأجرة بما يمس حق المستأجر، تقـــديماً للمانع وهو حق المستأجر[2].

٣ – تمنع شرعاً التجارة في المحرمات من خمر ومخدرات وغير ذلك، ولو أن فيهـــا ربحاً[3].

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٤٤).

(٢) انظر: المرجع السابق (٢٤٤).

(٣) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٢٤٥).

المبحث الأول

المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"

وفيه سبع مسائل:

المسألة الأولى: الاجتهاد في الأواني إذا كان بعضها طاهراً وبعضها نجساً.

المسألة الثانية: الاجتهاد في الثياب إذا كان بعضها طاهراً وبعضها نجساً.

المسألة الثالثة: جواز مس المحدث للتفسير إلا إذا كان القرآن أكثر من التفسير.

المسألة الرابعة: إذا أكل المحرم شيئاً قد استهلك فيه الطيب فلا فدية.

المسألة الخامسة: إذا باع الإنسان في صفقة واحدة حلالاً وحراماً.

المسألة السادسة: معاملة من خالط ماله الحرام.

المسألة السابعة: الأكل من ذبيحة من أحد أبويه كتابي والآخر مجوسي.

* * *

المسألة الأولى: الاجتهاد في الأواني إذا كان بعضها طاهراً وبعضها نجساً(١).

هذه المسألة والتي بعدها بينهما تشابه في الصورة واختلاف في الحكم، لذا أُفْرِدُ كل واحدة منهما في بيان حكمها، وأما وجه دخولهما تحت القاعدة، وسبب الاستثناء فأذكرهما معاً.

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

إذا اختلطت أوانٍ طاهرة ونجسة وتعذر معرفة الطاهر منها انتقل إلى غيرها بغير خلاف بين العلماء(٢).

وأما إذا اختلطت وتعذر معرفة الطاهرة منها ولا بديل لها، فإن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إذا اشتبهت الأواني الطاهرة بالنجسة انتقل إلى البدل وهو التيمم، وهذا هو الصحيح من مذهب الحنابلة(٣).

القول الثاني: أنه يتحرى، وهذا قول الحنفية(٤)، وبعض المالكية(٥)، والشافعية(٦)، وبعض الحنابلة(٧)، والتحري عند الحنفية والحنابلة بشرط أن يكون عدد الطاهر أكثر من

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٥٤/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٤٣/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٧)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٩)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٥٧/٢)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٧٤)، القواعد الفقهية لعزام (٢٥٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٦٩٦/٢).

(٢) انظر: المغني (٨٢/١).

(٣) انظر: المغني (٨٢/١)، الإنصاف (١٢٩/١).

(٤) انظر: العناية على الهداية (٢٧٥/٢)، حاشية ابن عابدين (٥٠٠/٩).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٢٤٨/١)، حاشية الدسوقي (٨٢/١).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣٥/١)، مغني المحتاج (٢٦/١).

(٧) انظر: المغني (٨٢/١)، الإنصاف (١٢٩/١).

عدد النجس.

القول الثالث: يصلي بعدد الأواني النجسة وزيادة صلاة إن اتسع الوقت وإن لم يتسع الوقت تيمم وصلى، وهذا قول عند المالكية[١].

أدلة القول الأول:

١ – اشتبه المباح والمحظور فيما لا تبيحه الضرورة فلم يجز التحري[٢].

٢ – أنه غير قادر على استعمال الطاهر، فجاز التيمم أشبه ما لو كان الماء في بئر لا يمكنه استقاؤه[٣].

دليل القول الثاني:

أن الوضوء شرط، فجاز التحري من أجله كما لو اشتبهت القِبْلَة[٤].

دليل القول الثالث:

إن وجود ماء محقق الطهارة، وهو قادر على استعماله بالحيلة، لا يجيز له التيمم، ولا سبيل إلى استعمال الماء إلا بالصلاة بعدد النجس وزيادة صلاة[٥].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن استعمال النجس يتنجس به ويمنع صحة الصلاة، ولأن ما تبيحه الضرورة يجوز الاجتهاد فيه حال الاشتباه، وما لا تبيحه الضرورة فلا، ومنها الأواني[٦].

* * *

---

(١) انظر: مواهب الجليل (١/٢٤٧)، حاشية الدسوقي (١/٨٢).

(٢) انظر: المغني (١/٨٢).

(٣) انظر: المرجع السابق (١/٨٤).

(٤) انظر: العناية على الهداية (٢/٢٧٥)، نهاية المحتاج (١/٧٦).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (١/٧٦).

(٦) انظر: المغني (١/٨٦)، بدائع الفوائد لابن القيم (٤/٢٨).

المسألة الثانية: الاجتهاد في الثياب إذا كان بعضها طاهراً وبعضها نجساً[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا اختلطت ثياب طاهرة بثياب نجسة وتعذر معرفة الطاهر منها ولا بديل، فـإن العلماء اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه يتحرى، وهذا قول الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، وبعض الحنابلة[٥].

القول الثاني: يصلي بعدد النجس وزيادة صلاة، وهذا وجه عند الشافعية[٦]، والمذهب عند الحنابلة[٧]، وقال به بعض المالكية[٨].

دليل القول الأول:

إن الضرورة داعية إلى التحري، لأنه ليس للستر بدل يتوصل به إلى إقامة الفرض[٩].

دليل القول الثاني:

أنه يمكنه أداء فرضه بيقين من غير حرج فيلزمه، كما لو اشتبه الطهور بالطاهر،

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٥٤/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٤٣/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٧)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٩)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٥٧/٢)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٧٤)، القواعد الفقهية لعزام (٢٥٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٦٩٦/٢).

(٢) انظر: المبسوط (٢٠٠/١٠)، العناية على الهداية (٢٧٥/٢).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٢٣١/١)، حاشية الدسوقي (٧٩/١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣٧٩/١)، مغني المحتاج (١٨٩/١).

(٥) انظر: الإنصاف (١٤٠/١).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣٧٩/١).

(٧) انظر: المغني (٨٥/١)، الإنصاف (١٣٩/١).

(٨) انظر: مواهب الجليل (٢٣٢/١)، حاشية الدسوقي (٨٠/١).

(٩) انظر: المبسوط (٢٠١/١٠)، التاج والإكليل (٢٣٢/١).

وكما لو نسي صلاة من يوم ولا يعلم عينها[١].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول فإنه يجتهد في أحد الثياب ويصلي؛ لأن اجتناب النجاسة من باب التروك، ولهذا لا تشترط له النية[٢].

المقصد الثاني: بيان وجه دخول المسألتين تحت القاعدة.

في هاتين المسألتين اجتمع ما يحل وهي الأواني أو الثياب الطاهرة، وما يحرم وهي الأواني أو الثياب النجسة وبحسب قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام" فإنه يجب اجتناب جميع الثياب الطاهرة والنجسة درءاً لمفسدة النجس منها.

قال العز بن عبد السلام: «وللاحتياط لدرء مفسدة المحرم أمثلة: أحدها: إذا اشتبه إناء طاهر بإناء نجس، أو ثوب طاهر بثوب نجس، وتعذر معرفة الطاهر منهما، فإنه يجب اجتنابهما درءاً لمفسدة النجس منهما»[٣].

بينما نجد أن هاتين المسألتين استثناها بعض الحنفية، وبعض الشافعية من القاعدة، قال ابن نجيم: «خرجت عن هذه القاعدة مسائل منها: الاجتهاد في الأواني، إذا كان بعضها طاهراً وبعضها نجساً، والأقل نجس؛ فالتحري جائز، ويريق ما غلب على ظنه أنه نجس، مع أن الاحتياط: أنه يريق الكل ويتيمم، كما إذا كان الأقل طاهراً، عملاً بالأغلب فيهما.

ومنها: الاجتهاد في ثياب مختلطة؛ بعضها نجس، وبعضها طاهر؛ جائز، سواء كان الأكثر نجساً أو لا»[٤].

---

(١) انظر: المغني (٨٦/١).

(٢) انظر: بدائع الفوائد لابن القيم (٢٥٨/٣).

(٣) قواعد الأحكام (١٧/٢).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٧).

وكذا ذكر الزركشي[١]، والسيوطي[٢] من الشافعية.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء في المسألتين.

سبب الاستثناء هو أن الشريعة الإسلامية مبناها على اليسر ورفع الحرج عن الناس[٣].

والذي يظهر أن في القول بالاستثناء نظر[٤]؛ إذ إن الحرام يغلب فيما إذا امتزج حظر وإباحة، وأما ما لا مزج فيه، فلا يوجب الحظر، قال الزركشي: «يغلب الحظر فيما إذا امتزج حظر وإباحة، فأما ما لا مزج فيه، فلا يوجب تغليب الحظر كالأواني إذا كان بعضها نجساً لم يمنع من الاجتهاد»[٥].

أي أن محل التغليب للحرام على الحلال فيما اختلط فيه الحلال والحرام، وهذه الصورة لم يكن فيها هذا الاختلاط فلا استثناء لعدم دخولها من أصلها في القاعدة فلا يمنع الاجتهاد لعدم دخوله في القاعدة[٦].

* * *

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١/٥٤).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٤٣).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٢٥٣).

(٤) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٥٨).

(٥) المنثور في القواعد (١/٥١).

(٦) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٥٨).

المسألة الثالثة: جواز مس المحدث للتفسير إلا إذا كان القرآن أكثر من التفسير[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

اتفق الأئمة الأربعة على أنه يحرم مس المصحف للمحدث حدثاً أصغر أو أكبر[٢]، لقوله تعالى: ﴿لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلۡمُطَهَّرُونَ﴾[٣]، وكتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم[٤] وفيه: (لا يمس القرآن إلا طاهر)[٥].

واتفقوا على جواز مس كتب التفسير إذا كان التفسير أكثر من القرآن[٦]، لأن اسم المصحف لا يتناولها، ولا يثبت لها حرمته[٧].

وكذلك إذا كان القرآن مساوياً للتفسير فإنه يجوز مس التفسير باتفاق المذاهب الأربعة[٨]، وذلك إن التفسير ليس بقرآن، والمقصود من التفسير معاني القرآن لا

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٥٤/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٤٤/١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٦٨)، القواعد الفقهية لعزام (٢٥٤).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (١٦٨/١)، حاشية ابن عابدين (٣١٥/١)، مواهب الجليل (٤٤١/١)، حاشية الدسوقي (١٢٥/١)، المجموع (٦٩/٢)، مغني المحتاج (٣٦/١)، المغني (٢٠٢/١)، كشاف القناع (١٥٢/١).

(٣) سورة الواقعة، الآية ٧٩.

(٤) أبو الضحاك، عمرو بن حزم بن زيد بن لوذان الأنصاري، شهد الخندق وما بعدها، استعمله النبي ﷺ على نجران، روى عنه كتاباً كتبه له في الفرائض والزكاة والديات، توفي سنة ٥٣هـ.
انظر: أسد الغابة (٩٨/٤)، الإصابة في تمييز الصحابة (٢٩٣/٤).

(٥) أخرجه مالك، في كتاب الصلاة، باب لا يمس القرآن إلا طاهر، رقم (٢٣٤)، والدارمي في كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل نكاح (١٦١/٢)، والدارقطني في كتاب الطهارة، باب في نهي المحدث عن مس القرآن رقم (٤٣٥)، والبيهقي في شعب الإيمان باب تعظيم القرآن رقم (٢١١١)، وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم (١٢٢).

(٦) انظر: شرح فتح القدير (١٦٩/١)، حاشية ابن عابدين (٣٢٠/١)، مواهب الجليل (٤٤٣/١)، حاشية الدسوقي (١٢٥/١)، المجموع (٧١/٢)، مغني المحتاج (٣٧/١)، المغني (٢٠٤/١)، كشاف القناع (١٥٣/١).

(٧) انظر: المجموع (٧١/٢).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين (٣٢٠/١)، حاشية الدسوقي (١٢٥/١)، المجموع (٧١/٢)، كشاف القناع (١٥٣/١).

التلاوة[١]، وأما إذا كان القرآن أكثر فيحرم بالاتفاق مس التفسير[٢]؛ لأنه إذا كان القرآن أكثر فإنه في معنى المصحف؛ لأن الحكم للغالب[٣].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

كتب التفسير يجتمع فيها ما يقتضي تحريم مسه للمحدث، وهو وجود كلمات القرآن الكريم، وما يقتضي إباحة مسه وهو وجود كلمات التفسير، وبحسب قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، تحريم مس كتب التفسير ومع ذلك جاز للمحدث مس كتب التفسير، وقدم الحلال هنا على الحرام[٤].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها بعض الشافعية إذا كان التفسير أكثر من القرآن، وكذا إن استويا[٥]، أما إذا كان القرآن أكثر فيحرم مسه.

ففي الحالة الأولى المسألة مستثناة عند الشافعية، وفي الحالة الثانية هي من فروع القاعدة.

والاستثناء في الحالة الأولى بناء على أن التفسير غالب وأكثر، والحكم يبنى على ما هو الغالب[٦].

* * *

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (١/١٢٥).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (١/٣٢٠)، حاشية الدسوقي (١/١٢٥)، المجموع (٢/٧١)، كشاف القناع (١/١٥٣).

(٣) انظر: مغني المحتاج (١/٣٧).

(٤) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٢٥٤).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (١/٥٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٤٤).

(٦) انظر: مغني المحتاج (١/٣٧).

المسألة الرابعة: إذا أكل المحرم شيئاً قد استهلك فيه الطيب فلا فدية[(١)].

إن من محظورات الإحرام الطيب، قال ابن قدامة: «أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من الطيب، وقد قال النبي ﷺ في المحرم الذي وقصته راحلته: (لا تمسوه بطيب)[(٢)]، فلما مُنِعَ الميت من الطيب لإحرامه، فالحي أولى، ومن تطيب فعليه الفدية»[(٣)].

ومن ذلك أكل المحرم شيئاً فيه طيب، وأما إذا كان الطيب مستهلكاً في طعام أو شراب فإنه اجتمع الحلال من طعام أو شراب، وحرام على المحرم وهو الطيب، فهل يحرم على المحرم تغليباً للحرام أو لا؟ هذا ما أبينه في المقصد التالي:

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا وضع الطيب في طعام وشراب فإن استهلك الطيب فلم يبق له ريح ولا طعم ولا لون، فإن الأئمة الأربعة متفقون على أنه لا فدية فيه، وكذلك اتفقوا على أن ما ذهبت رائحته وطعمه و لم يبق فيه إلا اللون مما مسته النار لا فدية فيه[(٤)].

قال النووي: «أما إذا أكل طعاماً فيه زعفران أو طيب آخر أو استعمل مخلوطاً بالطيب لا لجهة الأكل فينظر إن استهلك الطيب فلم يبق له ريح ولا طعم ولا لون فلا فدية بلا خلاف»[(٥)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٤٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٨)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٩٠)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٦٧)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٧٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٦٩٧).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب جزاء الصيد، باب سنة المحرم إذا مات، رقم (١٨٥١)، ومسلم في كتاب الحج، باب ما يفعل المحرم إذا مات، رقم (٢٨٨٣).

(٣) المغني (٥/١٤٠).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٣/٢٧)، حاشية ابن عابدين (٣/٥٧٦)، مواهب الجليل (٤/٢٣١)، حاشية الدسوقي (٢/٥٤)، الأم (٢/١٢٩)، المجموع (٧/٢٤٧)، الشرح الكبير لابن قدامة (٨/٢٦٢)، كشاف القناع (٥/١٤٨).

(٥) المجموع (٧/٢٤٧).

وقال ابن قدامة: «فإن ما ذهبت رائحته وطعمه ولم يبق فيه إلا اللون مما مسته النار، لا بأس بأكله، لا نعلم فيه خلافاً... فإن لم تمسه النار، لكن ذهبت رائحته وطعمه، فلا بأس به»[١].

والدليل على ذلك: أن المقصود الرائحة، فإن الطيب إنما كان طيباً لرائحته، فوجب دوران الحكم معها[٢].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

في هذه المسألة اجتمع جانب الحل، وهو كونه طعاماً، وجانب الحرمة، وهو كونه مخلوطاً بالطيب وبحسب قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، فإن الحرام يُغلَّب فإذا تناوله المحرم فإن عليه فدية، إلا أنه في هذه المسألة غُلِّب جانب الحل على جانب الحرمة وكان أكل هذا الطعام المستهلك فيه الطيب غير محظور على المحرم ولا فدية في أكله، ولذا عَدَّ السيوطي[٣]، وابن نجيم[٤] هذه المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

سبب الاستثناء حسب ما ظهر من كلام الفقهاء في المقصد الأول هو أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً[٥]، إذ إن الغرض من التطيب هو الترفه برائحته، ومن أجل هذا حرم على المحرم، فإن زالت رائحته باستهلاكه في الطعام زالت علة التحريم.

والذي يظهر أن هذه المسألة ليست مستثناة من القاعدة بل هي قيد لها، كما قال الحموي: «الخامسة: أن يكون الحرام مستهلكاً أقول: ليس هذا مما خرج عن القاعدة، بل

---

(١) المغني (١٤٨/٥).

(٢) انظر المرجع السابق.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢٤٥/١).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١٣٨).

(٥) انظر: المغني (١٤٨/٥).

هي قيد لها، فتأمل»[١].

وذلك أن موضوع القاعدة هو اجتماع الحلال والحرام في الشيء بحيث يشتبه الأمر، ويعسر ترجيح أحدهما على الآخر[٢]، فإذا كان أحدهما قد استهلك فلا عبرة له ولا تأثير له في الحكم.

* * *

(١) غمز عيون البصائر (١/٣٠٨).

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير (٣٢٦).

المسألة الخامسة: إذا باع الإنسان في صفقة واحدة حلالاً وحراماً[١].

تفريق الصفقة: أن يبيع ما يجوز بيعه، وما لا يجوز في بيعة واحدة[٢].

ومن أمثلة ذلك: أن يبيع خلاً وخمراً، أو شاة وخنزيراً.

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا جمع الإنسان في صفقة واحدة بين عين يحل بيعها وعين يحرم بيعها، فإن العلماء اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن البيع باطل فيما لا يجوز بيعه ويصح فيما يجوز إذا سمى لكل واحد منهما ثمناً، وباطل في جميع الصفقة إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً، وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[٣].

القول الثاني: البيع باطل فيما لا يجوز بيعه ويصح فيما يجوز، وهذا هو القول الأظهر عند الشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥].

القول الثالث: البيع باطل في جميع الصفقة، وهذا قول أبي حنيفة[٦]، والمالكية[٧]، وقول عند الشافعية[٨]، ورواية عند الحنابلة[٩].

دليل القول الأول:

١ – أن الفساد بقدر المفسد، لأن الحكم يثبت بقدر العلة، والمفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة، فلو جاء الفساد إنما يجيء من قبل جهالة

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٤٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٩١)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٦٩٧).

(٢) انظر: المجموع (٩/٣٧٥)، المغني (٦/٣٣٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/١٤٥)، شرح فتح القدير (٦/٤٥٦).

(٤) انظر: المجموع (٩/٣٧٥)، مغني المحتاج (٢/٤٠).

(٥) انظر: المغني (٦/٣٣٦)، كشاف القناع (٣/١٦٧).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٥/١٤٥)، شرح فتح القدير (٦/٤٥٦).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٦/٨٥)، حاشية الدسوقي (٣/١٣).

(٨) انظر: المجموع (٩/٣٧٥)، مغني المحتاج (٢/٤٠).

(٩) انظر: المغني (٦/٣٣٦)، الإنصاف (١١/١٥٥).

الثمن فإذا بين حصة واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضاً[1].

أدلة القول الثاني:

١ - أنه متى سمى ثمناً في مبيع يَسْقُطُ بعضه، لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة، كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ أرشه[2].

٢ - ليس إبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما، فبطل حمل أحدهما على الآخر وبقيا على حكمهما، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز[3].

أدلة القول الثالث:

١ - أن الثمن مجهول، لأنه إنما يتبين بالتقسيط للثمن على القيمة، وذلك مجهول في الحال، فلم يصح البيع به[4].

٢ - أن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم[5].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول، لأنه يصح بيع ما يحل مفرداً، فلم يبطل بانضمام غيره إليه، إذا سمى لكل واحد منهما ثمناً لارتفاع الجهالة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

تفريق الصفقة عقد واحد جُمع فيه ما يحرم وما يحل، وعلى القول الثالث الذي يرى بطلان الصفقة مطلقاً، ولا ينعقد البيع تغليباً للحرام فإن المسألة فرع من فروع القاعدة[6].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٤٥/٥).

(٢) انظر: المغني (٣٣٧/٦).

(٣) انظر: المجموع (٣٧٥/٩).

(٤) انظر: المجموع (٣٧٥/٩)، المغني (٣٣٧/٦).

(٥) انظر: شرح فتح القدير (٤٥٧/٦)، حاشية الدسوقي (١٣/٣)، المجموع (٣٧٥/٩).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٤٦/١).

وأما على القول الثاني الذي يرى صحة البيع في الحلال وبطلانه فيما يحرم فإن المسألة مستثناة من القاعدة[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

إن اجتماع الحلال والحرام في صفقة واحدة لا يتحقق فيه شروط القاعدة من العجز عن إزالة الاشتباه[٢]، إذ إن معرفة الحلال من الحرام ممكنة فالخل يتميز عن الخمر، هذا من ناحية المبيع، وكذلك من ناحية الثمن فإنه يقدر الخمر مثلاً إذا بيع مع الخل خلاً ليقسط الثمن عليهما[٣].

فلا اشتباه إذاً بين الحلال والحرام، وأن اجتماعهما ليس اجتماع اختلاط وامتزاج بحيث لا يمكن التمييز، وإنما اجتماع أعيان في صفقة واحدة يختلف حكمهما مع إمكان تميزهما.

فالسبب في الاستثناء هو فقدان شرط من شروط القاعدة، فالمسألة استثنيت من القاعدة بسبب مشابهتها للقاعدة في صورتها، ولكنها عند التحقيق لا تنطبق عليها القاعدة.

* * *

(١) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٦٩٨/٢).

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٣٠).

(٣) انظر: كشاف القناع (٩١/٣).

المسألة السادسة: معاملة من خالط ماله الحرام[١].

هذه المسألة يندرج تحتها ثلاث مسائل جاءت في الخطة من ضمن المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، وهذه المسائل هي:

الأولى: الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام في يده[٢].

الثانية: إذا كان غالب مال المُهْدِي حراماً[٣].

الثالثة: معاملة من أكثر ماله حرام إذا لم يعرف عينه[٤].

وحيث إن المسائل مشتركة في الحكم وفي دخولها تحت القاعدة، وفي سبب الاستثناء جمعتها في مسألة واحدة.

المقصد الأول: حكم المسألة:

إن من الناس من غالب أموالهم من الحرام، مثل أكلة الربا والمقامرين وأصحاب الحرف المحرمة كبائعي الخمور والمخدرات، فهل يحل التعامل معهم بأي نوع من أنواع التعاملات سواء ببيعٍ أو أكل طعام أو قبول هدية أو غيرها؟

اختلف العلماء في حكم المسألة، وقبل بيان الخلاف أحرر محل النزاع.

تحرير محل النزاع:

مال من يتعامل بالحرام لا يخلو: إما أن يكون ماله كله حراماً، أو أكثره حراماً أو

---

(١) هذا العنوان جامع للمسائل الثلاثة الآتية لكن سأذكر مراجع كل مسألة على حدة.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٤٤)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٩)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٦٤)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٧٥)، القواعد الفقهية لعزام (٢٥٤).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٨)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٧٧٥).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (١/٥٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٤٤)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٨٩)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٦٤)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٧٥)، القواعد الفقهية لعزام (٢٥٤).

أكثره حلالاً، وإما أن يكون الحرام قد عرف عينه أو جهل.

فإن كان جميع ماله حراماً فلا خلاف بين الأئمة الأربعة في حرمة معاملته[1].

وإن كان الحرام يعرف عينه فلا خلاف بين الأئمة الأربعة في أنه يحرم معاملته في هذا المال[2].

وأما إذا كان في المال مال حرام لا يعرف قدره فهل تجوز معاملة صاحب هذا المال؟ اختلف العلماء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن معاملته مكروهة يتورع عنها، وهذا قول المالكية[3]، والشافعية[4]، وقول عند الحنابلة[5].

القول الثاني: أن معاملته محرمة مطلقاً سواء قل الحرام أو كثر، وهذا قول الحنفية[6]، وبعض المالكية[7]، وقول عند الحنابلة[8].

القول الثالث: فَرَّق بين ما إذا كان الحرام أكثر أو أقل، فإذا كان الأكثر الحرام حرم، وإلا فلا، وهذا قول عند الحنابلة[9].

أدلة القول الأول:

١ – حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير)[10].

---

(١) انظر: مجمع الأنهر (٢/٥٢٩)، حاشية الدسوقي (٣/٢٤٩)، المجموع (٩/٣٣٤)، المغني (٦/٣٧٢).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٧/٣٠١)، حاشية الدسوقي (٣/٢٤٩)، روضة الطالبين (٥/٦٥٠)، الإنصاف (٢١/٣٢٧).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٢٤٩)، بلغة السالك (٣/٢٣١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٦٥٠)، أسنى المطالب (٣/٢٢٧).

(٥) انظر: المغني (٩/٣٣٦)، الإنصاف (٢١/٣٢٨).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٨)، مجمع الأنهر (٢/٥٢٩).

(٧) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٢٤٩).

(٨) انظر: الإنصاف (٢١/٣٢٧).

(٩) انظر: الإنصاف (٢١/٣٢٨).

(١٠) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير، باب ما قيل في درع النبي ﷺ، رقم (٢٩١٦)، ومسلم=

وجه الاستدلال:

أن تعامل النبي ﷺ مع اليهود وهم يرابون في معاملاتهم ويأكلون السحت كما أخبر الله عنهم، فذلك دليل على الجواز[1].

٢ - حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (إن الحلال بيِّن وإن الحرام بيِّن، وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام...)[2].

وحديث الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما قال: حفظت من رسول الله ﷺ: (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)[3].

وجه الاستدلال من الحديثين:

حمل الحديثين على الكراهة والورع عن الشبهة؛ لأن الشبهة مكروهة لاحتمال التحريم فيه ولإمكان الحلال، والحرام لا يكون إلا بيناً غير مشكل[4].

٣ - أن الأصل في الأعيان والأموال الحل، ولا ينتقل عن ذلك إلا بيقين[5].

دليل القول الثاني:

١ - حديث الحسن بن علي رضي الله عنهما: (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)[6].

وجه الاستدلال:

أمر النبي ﷺ بالوقوف عند الشبهة، والأمر للوجوب، فدل على أن ترك

=في كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر، رقم (٤٠٩١).

(١) انظر: المغني (٦/٣٧٥).

(٢) تقدم تخريجه ص (٦٠).

(٣) تقدم تخريجه ص (٢٨٢).

(٤) انظر: التاج والإكليل (٦/١٧٤)، المغني (٦/٣٧٢).

(٥) انظر: قواعد ابن رجب (٣/١٨٨).

(٦) تقدم تخريجه ص (٢٨٢).

الشبهات واجب والوقوع فيها حرام[1].

دليل القول الثالث:

أن العبرة بالغالب، فإذا غلب الحرام كان حراماً، وإذا غلب الحلال كان حلالاً[2].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لثبوت وقوع المعاملة منه ﷺ، لمن يَفِد إلى المدينة من الأعراب الباقين على الشرك إذ ذاك، وهكذا معاملة أصحابه ﷺ لهم، بمرأى منه ﷺ ومسمع، وهم في حال جاهليتهم، مرتكبون للظلم، وغالب ما في أيديهم مما يأخذونه قهراً وقسراً وغصباً، من أموال بعضهم بعضاً، وإذا كان هذا في معاملة الكفار الذين هذا حالهم وملكهم، فكيف لا تجوز معاملة من هو من المسلمين مع تلبسه بشيء من الظلم، وما في يده قد يكون مما هو حرام وقد يكون مما هو حلال، ولا يحرم على الإنسان المتعامل معه إلا ما هو نفس الحرام وعينه[3].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا اجتمع في مال الإنسان حلال وحرام فإن كان أكثر ماله حراماً فإنه يحرم التعامل حسب قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، وكذلك السلطان إذا غلب الحرام في يده، وعلى هذا القول بالحرمة فالمسألة فرع من فروع القاعدة، وأما على القول بالكراهة فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها السيوطي[4] وابن نجيم[5] من قاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام

---

(١) انظر: القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (٩٧).

(٢) انظر: قواعد ابن رجب (١٨٨/٣).

(٣) انظر: السيل الجرار (١٨/٣).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢٤٤/١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١٣٨).

غلب الحرام"، وسبب الاستثناء:

١ – السنة النبوية فقد ثبت وقوع المعاملة منه ﷺ لليهود من أهل المدينة مع ما هم عليه من استحلال شرب الخمر وأكل الربا والسحت، وما يأخذونه قهراً وغصباً[١]، ومن ذلك: قبول النبي ﷺ هدية المرأة اليهودية، فقد روى أنس ابن مالك ﷺ: (أن يهودية أتت النبي ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها، فقيل: ألا نقتلها؟ قال: لا) [٢].

٢ – قاعدة: "إذا تعارض الأصل والظاهر فإنه يرجح الأصل".

وقد أدرج هذه المسألة الزركشي في المنثور[٣]، وابن رجب في قواعده[٤] تحت قاعدة: "إذا تعارض الأصل والظاهر".

فالأصل في هذه المسألة أن المال حلال، والظاهر أن المال حرام، فإذا تعارض الأصل والظاهر فإنه يرجح الأصل استصحاباً له، ولأنه لم تقم قرينة على أن عين المعاملة أو الهدية من الحرام، ولأن الأصل في الأعيان الإباحة[٥].

* * *

---

(١) انظر: السيل الجرار (١٨/٣).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الهبة باب قبول الهدية من المشركين، رقم (٢٦١٧)، ومسلم في كتاب السلام، باب السم، رقم (٢١٩٠).

(٣) انظر: (١٩٤/١).

(٤) انظر: (١٦٢/٣).

(٥) انظر: قواعد ابن رجب (١٨٨/٣).

المسألة السابعة: الأكل من ذبيحة من أحد أبويه كتابي والآخر مجوسي[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة، وقبل بيان أقوالهم أحرر محل التراع.

تحرير محل التراع:

اتفق العلماء على أن ذبائح أهل الكتاب إذا كانت على الطريقة الشرعية مباحة، كما اتفقوا على أن ذبائح المجوس حرام لا تؤكل[٢].

واختلفوا إذا كان الذبح ممن أحد أبويه كتابي والآخر مجوسي على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تحل ذبيحته مطلقاً، وهذا هو القول الأظهر عند الشافعية[٣]، والمذهب عند الحنابلة[٤].

القول الثاني: أن المولود بين كتابي ومجوسي تؤكل ذبيحته أيهما كان الكتابي الأب أو الأم، وهذا قول الحنفية[٥]، ورواية عند الحنابلة[٦].

القول الثالث: إذا كان الأب كتابياً تؤكل وإلا فلا، وهذا قول المالكية[٧]، وقول عند الشافعية[٨].

دليل القول الأول:

١ – تغليب الحرام على الحلال، كما في المتولد بين مأكول وغيره[٩].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٦).

(٢) انظر: الإجماع لابن المنذر (٢٥).

(٣) انظر: الأم (١٩٧/٢)، المجموع (٦٥/٩).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٩٠/٢٧)، كشاف القناع (٢٠٣/٦).

(٥) انظر: المبسوط (٢٤٦/١١)، بدائع الصنائع (٤٦/٥).

(٦) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٩٠/٢٧)، الإنصاف (٢٩٠/٢٧).

(٧) انظر: المدونة الكبرى (٥٧/٣)، مواهب الجليل (٣١٧/٤).

(٨) انظر: المجموع (٦٥/٩).

(٩) انظر: المجموع (٦٥/٩)، كشاف القناع (٢٠٣/٦).

أدلة القول الثاني:

١ - أن أحد الأبوين ممن تحل ذبيحته فيجعل الولد تبعاً له، كما إذا كان أحد الأبوين مسلماً والآخر مجوسياً[(١)].

٢ - أن جعل الولد تبعاً للكتابي منهما أولى؛ لأنه خيرهما ديناً بالنسبة، فكان بإتباعه إياه أولى[(٢)].

أدلة القول الثالث:

١ - أن الولد تبع لدين أبيه فيكون تبعاً له في الذبيحة[(٣)].

٢ - أن الولد تبع للأب في الحرية، فإذا كان الوالد نصرانياً تؤكل ذبيحته[(٤)].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول لأنه اجتمع ما يقتضي الحل وما يقتضي الحرمة فَغُلِّب جانب التحريم ولما في ذلك من الاحتياط.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

من كان أحد أبويه كتابياً والآخر مجوسياً فقد اجتمع فيه ما يقتضي الحل وما يقتضي الحرمة، وبحسب قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، فلا تحل ذبيحته تغليباً لجانب التحريم.

ولهذا اعتبر السيوطي هذه المسألة من فروع هذه القاعدة[(٥)].

بينما اعتبرها ابن نجيم من مستثنيات القاعدة بناء على رأي الحنفية القائل بجواز ذبيحة المتولد من كتابي ومجوسي[(٦)].

---

(١) انظر: المبسوط (٢٤٦/١١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٤٦/٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٩٠/٢٧).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٣١٧/٤)، المجموع (٦٥/٩).

(٤) انظر: المدونة الكبرى (٥٧/٣).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢٤٠/١).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١٣٧).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

الحنفية استثنوا هذه المسألة من القاعدة؛ لأن المجوسي شر من الكتابي، فلا يجعل الولد تابعاً له[1].

وذلك بناء على قاعدة عندهم: "الولد يتبع خير الأبوين ديناً في حكم النكاح والذبيحة"[2].

* * *

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٧).

(٢) انظر: شرح السير الكبير (٥/١٨٤٦).

المبحث الثاني

المستثنيات من قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع"

وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: غسل الشهيد الجنب.

المسألة الثانية: اختلاط موتى المسلمين بالكفار.

المسألة الثالثة: جواز سكن أحد الشريكين العقار المشترك في غيبة شريكه.

المسألة الرابعة: جواز تعمير أحد الشريكين العقار المشترك بدون إذن شريكه.

المسألة الخامسة: بيع الشريك الحاضر الثمار المشتركة بينه وبين شريكه الغائب.

* * *

المسألة الأولى: غسيل الشهيد الجنب[١].

الشهيد: "من مات في قتال الكفار بسببه"[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

ذهب عامة أهل العلم إلى أن الشهيد في المعركة لا يُغسل، قال ابن قدامة: «إذا مات في المعترك، فإنه لا يغسل، رواية واحدة، وهو قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه خلافاً، إلا عن الحسن[٣]، وسعيد بن المسيب»[٤]، وأما الشهيد بغير قتل كالمبطون فإنه يغسل بلا خلاف[٥].

واختلفوا في غسل الشهيد الجنب على قولين:

القول الأول: أن الشهيد الجنب يغسل، وهذا قول أبي حنيفة[٦]، وبعض المالكية[٧]، وقول عند الشافعية[٨]، والمذهب عند الحنابلة[٩].

القول الثاني: أنه لا يغسل، وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[١٠]،

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٤)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢٧٨/١).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٣٥٠/١).

(٣) أبو سعيد الحسن بن يسار البصري الزاهد العابد، ولد في خلافة عمر ﷺ، تابعي كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمانه وأحد العلماء الفقهاء الفصحاء، توفي سنة ١١٠هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٥٦٣/٤)، الوافي بالوفيات (٣٠٦/١٢)، الأعلام (٢٢٦/٢).

(٤) المغني (٤٦٧/٣).

(٥) انظر: المرجع السابق (٤٧٦/٣).

(٦) انظر: المبسوط (٥٧/٢)، شرح فتح القدير (١٤٥/٢).

(٧) انظر: حاشية الدسوقي (٣٩١/١)، منح الجليل (٣١٢/١).

(٨) انظر: روضة الطالبين (١٢٠/٢)، مغني المحتاج (٣٥١/١).

(٩) انظر: الإنصاف (٩٢/٦)، كشاف القناع (١١٣/٢).

(١٠) انظر: المبسوط (٥٧/٢)، شرح فتح القدير (١٤٥/٢).

والمالكية[1]، والأصح من مذهب الشافعية[2]، ورواية عند الحنابلة[3].

أدلة القول الأول:

١ – حديث عبد الله بن الزبير[4] ﵄ (أن حنظلة بن الراهب[5] ﵁ قتل يوم أحد، فقال النبي ﷺ: ما شأن حنظلة؟ فإني رأيت الملائكة تغسله، فقالوا: إنه جامع، ثم سمع الهائعة[6] فخرج إلى القتال)[7].

وجه الاستدلال:

أن حنظلة ﵁ لو لم تغسله الملائكة حتى علم النبي ﷺ لغسله، وإنما لم يُعِد لأن الواجب تأدى بفعل الملائكة[8].

٢ – أن غسل الجنابة واجب لغير الموت، فلم يسقط بالموت[9].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣٩١/١)، منح الجليل (٣١٢/١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٢٠/٢)، مغني المحتاج (٣٥١/١).

(٣) انظر: الإنصاف (٩٢/٦).

(٤) أبو خبيب عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد القرشي الأسدي، أبوه حواري رسول الله ﷺ، حفظ عن النبي ﷺ وهو صغير، وهو أحد العبادلة وأحد الشجعان من الصحابة، بويع بالخلافة بعد موت يزيد سنة أربع وستين، قتل سنة ٧٣هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء ٣٦٣/٣، الإصابة في تمييز الصحابة (٦٩/٣).

(٥) حنظلة بن أبي عامر عمرو بن صفي بن زيد بن أمية الأنصاري الأوسي، المعروف بغسيل الملائكة، كان أبوه يعرف في الجاهلية بالراهب، واستشهد حنظلة بأحد.
انظر: أسد الغابة (٥٩/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (٤٤/٢).

(٦) الهائعة: الصوت الذي تفزع منه وتخافه من عدو، «سمع الهائعة» يعني الصياح والضجة.
انظر: النهاية في غريب الحديث لابن الأثير (٢٨٨/٥).

(٧) أخرجه ابن حبان في كتاب إخباره ﷺ عن مناقب الصحابة، باب ذكر حنظلة بن أبي عامر غسيل الملائكة ﵁، رقم (٧٠٢٥)، والحاكم في كتاب معرفة الصحابة ﵃، باب شهادة حنظلة جنباً وغسل الملائكة له، رقم (٤٩٧٠)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الجنائز، باب الجنب يستشهد في المعركة (١٥/٤)، قال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٢٣٩/٢): «في إسناده ضعف»، وصحح هذا الحديث الألباني في إرواء الغليل رقم (٧١٣)، وقال معلقاً على قول الحافظ: «إلا أن للحديث شواهد يقوى بها».

(٨) انظر: المبسوط (٥٧/٢).

(٩) انظر: المغني (٤٦٩/٣).

أدلة القول الثاني:

١ – حديث جابر ﷺ (أن النبي ﷺ أمر بدفن شهداء أحـــد في دمـــائهم و لم يغسلهم و لم يصل عليهم)[١].

وجه الاستدلال:

هذا الحديث عام في كل الشهداء دون تفريق بين الجنب وغيره[٢].

٢ – أن صفة الشهادة تتحقق مع الجنابة، وهي مانعة من غسله لإبقاء أثر الشهادة عليه[٣].

٣ – أن غسل الجنابة طهر عن حدث مسقط بالشهادة كغسل الميت[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لحديث حنظلة ﷺ، وأما ما ورد في شهداء أحد فإنه عام في كل الشهداء، وحديث حنظلة خاص وهو من شهداء أحـــد فيجـــب تقديمه[٥].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا استشهد رجل جنب، فإن الشهادة مانعة من تغسيله، ولكن الجنابـــة تقتـــضي تغسيله، فاجتمع في المسألة مانع ومقتض وبحسب قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع"، فإن الشهيد الجنب لا يغسل تغليباً للمانع على المقتضي، وبهذا قال أصحاب القول الثاني، وتكون هذه المسألة فرعاً من فروع القاعدة كما ذكر ذلك السيوطي[٦].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الجنائز، باب من لم ير غسل الشهداء، رقم (١٣٤٦).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (١٤٦/٢).

(٣) انظر: المبسوط (٥٧/٢).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٣٥١/١).

(٥) انظر: المغني (٤٧٠/٣).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٢٥٧/١).

وعلى القول الأول تكون المسألة مستثناة من القاعدة كما ذكر ذلك ابن نجيم[١]، وناظر زاده[٢].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

إن حديث حنظلة سبب في إيجاب غسل الشهيد الجنب كما قرره أصحاب القول الأول.

وهذه المسألة ذكرها ناظرزاده فقال: «وخرجت عن هذه القاعدة: لو استشهد الجنب فإنه يغسل عند الإمام، ومقتضاها ألا يغسل كقولهما؛ لأن الجنابة تقتضي الغسل، والشهادة تمنع، فاللازم أن يقدم المانع.

والجواب: أن ترك الغسل ثبت بقوله ﷺ: (زملوهم بثيابهم ودمائهم)[٣] على خلاف القياس، فينحصر على مورده»[٤].

"فيلحظ من هذا النص أن من اعتبر المسألة السابقة مستثناة من القاعدة نظر إلى أن مناط القاعدة لم يتحقق فيها، بمعنى أنه يظهر للناظر في المسألة أن هناك تعارضاً بين مانع ومقتضٍ؛ وعند التحقيق يتبين أن المانع غير معتبر؛ وذلك أن كون الشهادة مانعاً من الغسل ثبت على خلاف القياس، فيقتصر على محله، وهو الشهيد الذي لم يكن جنباً، ولا يتعدى للشهيد إذا كان جنباً"[٥].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٤٤).

(٢) انظر: ترتيب اللآلي (١/٢٧٨).

(٣) تقدم تخريجه ص (٣١٢).

(٤) ترتيب اللآلي (١/٢٧٨).

(٥) بحث المستثنيات من القواعد الفقهية (أنواعها والقياس عليها للدكتور عبد الرحمن الشعلان) مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها (ح ٣٤٤١٧، ص: ٣٩، ٤٠).

المسألة الثانية: اختلاط موتى المسلمين بالكفار[١].

إذا اختلط موتى المسلمين بالكفار كأن سقطت عمارة يسكنها مسلمون وغير مسلمين ولم تتميز جثث المسلمين، أو حصل غرق لسفينة فيها مسلمون وغيرهم، فما حكم تغسيلهم والصلاة عليهم ودفنهم.

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار فإنه يتحرى في الصلاة عليهم، فمن كانت عليه علامة المسلمين – كالختان – صُلي عليه، ومن كانت عليه علامة الكفار تُرك.

فإن لم تكن عليهم علامة والمسلمون أكثر، غسلوا وكفنوا وصلي عليهم، وينوى بالصلاة والدعاء للمسلمين دون الكفار[٢].

وإن كان الفريقان سواء أو كان الكفار أكثر، فقد اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أهم يغسلون ويكفنون ويصلى عليهم، ويدفنون في مقابر المسلمين، وهذا قول المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: أهم يُغسلون ويكفنون ولا يصلى عليهم ويدفنون في مقابر المشركين، وهذا قول الحنفية[٦].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١/٥٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٥٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٤)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٩٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٩٤)، القواعد الفقهية لعزام (٢٥٨).

(٢) انظر: المبسوط (٢/٥٤)، شرح الزرقاني (٢/١١١)، روضة الطالبين (١/٦٣٢)، المغني (٣/٤٧٧).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٣/٧٠)، حاشية الخرشي (٢/٣٧٣).

(٤) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٢/٤٢١)، مغني المحتاج (١/٣٦٠).

(٥) انظر: المغني (٣/٤٧٧)، الإنصاف (٦/١٩٥).

(٦) انظر: المبسوط (٢/٥٤)، بدائع الصنائع (١/٣٠٣).

أدلة القول الأول:

١ – حديث أسامة بن زيد[١] ﷺ (أن رسول الله ﷺ مر بمجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين عبدة الأوثان واليهود فسلم عليهم)[٢].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ سلّم على المسلمين ومعهم غيرهم، فتجوز الصلاة على المسلمين وإن كان معهم غير مسلم لم يتميز[٣].

٢ – أن ذلك من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والصلاة على المسلمين لا تتم إلا بذلك[٤].

٣ – أنه أمكن الصلاة على المسلمين من غير ضرر، فوجب كما لو كانوا أكثر[٥].

أدلة القول الثاني:

١ – أن الاعتبار بالأكثر، والغالب موتى الكفار[٦].

٢ – إن ترك الصلاة على المسلم أولى من الصلاة على الكافر؛ لأن الصلاة على الكافر غير مشروعة، لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰٓ أَحَدٍ مِّنْهُم مَّاتَ أَبَدًا ﴾[٧][٨].

---

(١) أبو محمد أسامة بن زيد بن الحارثة بن شرحبيل بن كعب الكلبي، حب رسول الله ﷺ وابن حبه، ومولاه وابن مولاه، ولد في الإسلام وتوفي النبي ﷺ وله عشرون سنة، وكان أمره على جيش لغزو الشام، فمات عليه السلام قبل أن يتوجه فأنفذه أبو بكر، توفي سنة ٥٤هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٤٩٦/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (٢٩/١).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب المرضى، باب عيادة المريض راكباً وماشياً وردفاً على الحمار، رقم (٥٦٦٣)، ومسلم في كتاب الجهاد، باب في دعاء النبي ﷺ وصبره على أذى المنافقين، رقم (٤٦٣٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٥٩/١).

(٤) انظر: حاشية الخرشي (٣٧٣/٢)، مغني المحتاج (٣٦٠/١).

(٥) انظر: المغني (٤٧٧/٣).

(٦) انظر: المبسوط (٥٤/٢).

(٧) سورة التوبة: الآية ٨٤.

(٨) انظر: المبسوط (٥٤/٢).

الترجيح:

الراجح — والله أعلم — القول الأول، لأن فيه احتياطاً لتحصيل مصلحة الواجب، ولأنه إذا قصد المصلي المسلمين فقط لم يكن مصلياً على الكفار.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا اختلط موتى المسلمين مع غيرهم من الكافر، فإن المقتضي للغسل والصلاة: احتمال أنهم مسلمون، والمانع احتمال أنهم غير مسلمين، وبحسب القاعدة فإن المانع يغلب فلا يصلى عليهم، كما هو قول الحنفية.

وعلى القول بوجوب الصلاة تغليباً لجانب المقتضي على جانب المانع تكون هذه المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

السبب هو الاحتياط لمصلحة الواجب، فإنه لا يمكن الإتيان بالواجب إلا بذلك فلذا وجبت الصلاة عليهم، وقد ذكر العز بن عبد السلام هذه المسألة مثالاً على الاحتياط لتحصيل مصلحة الواجب[1].

وقال الزركشي: «إذا تعارض الواجب والمحظور يقدم الواجب، كما إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، وجب غسل الجميع والصلاة عليهم»[2].

كما أدرجها ابن اللحام[3] في القواعد والفوائد الأصولية تحت قاعدة: "ما لا يتم

---

(١) انظر: قواعد الأحكام (٢/١٦).

(٢) المنثور في القواعد (١/٢٠٣).

(٣) أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، المعروف بابن اللحام وهي حرفة أبيه، له مؤلفات منها: الأخبار العلمية في اختيارات ابن تيمية، المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، القواعد والفوائد الأصولية، توفي سنة ٨٠٣هـ.

انظر: شذرات الذهب (٧/٣١)، السحب الوابلة (٢/٧٦٥)، معجم المؤلفين (٧/٢٠٦).

الواجب إلا به فهو واجب"[١].

فالصلاة واجبة على المسلمين بالنص ولا سبيل إلى إقامة الواجب إلا بهذا الطريق.

* * *

(١) انظر: القواعد والفوائد الأصولية (٩٨).

المسألة الثالثة: جواز سكن أحد الشريكين العقار المشترك في غيبة شريكه[١].

هذه المسألة والمسألتان اللتان بعدها من مسائل شركة المِلْك[٢].

ويد الشريك في شركة الملك في الأحوال العادية التي لم تقترن بتصرف أو انتفاع بالملك المشترك يد أمينة، فلا يضمن الشريك حصة شريكه إذا تلفت بغير تعد ولا تفريط، وأما لو تعدى الشريك كأن سَلّم المُشْتَرك لأجنبي وتلف عنده ضمن حصة شريكه لتعديه بذلك.

وأما يد الشريك في الأحوال الأخرى التي يقارنها تصرف وانتفاع بالملك المشترك، فإن ذلك التصرف إما أن يكون مأذوناً فيه مجاناً أو بأجرة: فالأول كالعارية، والثاني كالعين المستأجرة.

وإذا كان التصرف والانتفاع غير مأذون فيه أصلاً كانت يد الشريك كيد الغاصب يضمن حصة شريكه[٣].

وأما مسألة سكن الشريك فأبينها في المقصد التالي.

المقصد الأول: حكم المسألة:

هل يجوز لأحد الشريكين سكن العقار المشترك في غيبة شريكه؟

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا يجوز للشريك سكنى أكثر من حصته في الدار المشتركة بدون إذن شريكه؛ لأن الشريك في شركة الملك لا يتصرف في حصة شريكه

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٤٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢٤٩/١).

(٢) شركة الملك: "ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع".
انظر: مغني المحتاج (٢١١/٢).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٥١٦/٦)، الذخيرة (٦٦/٨)، مغني المحتاج (٢١٦/٢)، كشاف القناع (٣٠٦/٤).

إلا بإذنه وإلا كان متعدياً بذلك[١]، واستثنى الحنفية ما إذا خاف الشريك خراب الدار بترك السكنى فإن له أن يسكن في الدار[٢].

واختلفوا في السكنى بقدر حصته فقط على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز للشريك السكنى مطلقاً إلا بإذن شريكه، وهذا قول الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

القول الثاني: أن للشريك أن يسكن قدر حصته من الدار، وهذا قول الحنفية[٥]، والمالكية[٦].

دليل القول الأول:

أن الشريك لا يمكنه الانتفاع بحصته إلا إذا انتفع بحصة شريكه فاحتاج إلى إذنه[٧].

دليل القول الثاني:

أن السكنى من الاستعمالات التي لا تختلف باختلاف المستعمل فتكون مأذوناً فيها دلالة[٨].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأنه لابد من إذن الشريك في سكنى الدار المشتركة، لأنه لا يمكن الانتفاع بحصته إلا بالانتفاع بحصة شريكه.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٧٤/٦)، الفتاوى الهندية (٣٧٠/٥)، مواهب الجليل (١١٧/٧، ١١٨)، بلغة السالك (٣٩٤/٣)، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١٢٩/٢)، مغني المحتاج (٢١٣/٢)، كشاف القناع (٣٠٦/٤)، مجلة الأحكام الشرعية (٥٤١).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٧٤/٦)، الفتاوى الهندية (٣٧٠/٥).

(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١٢٩/٢)، مغني المحتاج (٢١٣/٢).

(٤) انظر: كشاف القناع (٣٠٦/٤)، مجلة الأحكام الشرعية (٥٤١).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٧٤/٦)، الفتاوى الهندية (٣٧٠/٥).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي (٤١٨/٣)، بلغة السالك (٣٩٤/٣).

(٧) انظر: مغني المحتاج (٢١٣/٢)، كشاف القناع (٣٠٦/٤).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٧٤/٦)، حاشية الدسوقي (٤١٨/٣).

وإذا سكن الشريك في غيبة شريكه فهل يلزمه دفع الأجرة للشريك الغائب؟

اختلف الأئمة الأربعة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يلزمه دفع أجرة لشريكه مطلقاً، وهذا قول الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

القول الثاني: أنه لا يلزمه دفع الأجرة مطلقاً، وهذا قول الحنفية[٣]، والذي عليه الفتوى عندهم أن للشريك الغائب إذا حضر أن يسكن مثل ما سكن شريكه[٤].

القول الثالث: أنه يلزمه دفع أجرة إذا سكن أكثر من قدر حصته، وإلا فلا يلزمه أجرة، وهذا قول المالكية[٥].

دليل القول الأول:

أن الشريك انتفع بحصة شريكه من المشترك بدون إذنه، فيكون متعدياً تلزمه الأجرة كالغاصب[٦].

دليل القول الثاني:

أن كل شريك يعتبر مالكاً لكل الدار في حق السكنى وتوابعها على وجه الكمال، لأنه لو لم يجعل كذلك منع كل واحد من الدخول والقعود ووضع الأمتعة فتتعطل عليه منافع ملكه وهذا لا يجوز، فإذا سكن كان ساكناً في ملك نفسه، فلا أجرة عليه[٧].

---

(١) انظر: حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٤٢/٦)، حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج (٢١٧/٥).

(٢) انظر: مجلة الأحكام الشرعية (٥٤١)، كشاف القناع (٣٠٦/٤).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٧٤/٦)، شرح المجلة للأتاسي (٢٥/٤).

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٦/٣).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (٤١٨/٣)، بلغة السالك (٣٩٤/٣).

(٦) انظر: كشاف القناع (٣٠٦/٤).

(٧) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢٦/٣).

دليل القول الثالث:

أن الشريك له أن يسكن قدر حصته فلا يلزمه أجرة لعدم حصول التعدي بذلك[1].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول؛ لأن الشريك لا يملك الانتفاع بحصة شريكه بدون إذنه، وحصته غير مميزة فاحتاج الشريك إلى حصول الإذن وإلا كان متعدياً.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا غاب أحد الشريكين في عقار فإن للشريك الحاضر أن يسكن عند الحنفية والمالكية لوجود المقتضي وهو كونه شريكاً، لكن غيبة شريكه كان ينبغي أن تكون مانعاً من تصرفه؛ لكون العقار مشتركاً بينهما حسب قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع".

ومع ذلك قدم المقتضي وهو جواز السكن للشريك الحاضر؛ لكونه مالكاً لبعض العقار على المانع وهو عدم جواز السكن للحاضر؛ لكون شريكه غائباً، وعلى هذا القول تكون المسألة مستثناة من القاعدة عند الحنفية، وأما على القول الراجح، فلا تعتبر من مستثنيات القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة ذكرها الزرقاء في شرح القواعد الفقهية[2]، ولم يذكر سبب الاستثناء، وإنما أشار علي حيدر في درر الحكام إلى توجيه قول الحنفية، خلاصته: إنه إذا غاب الشريك، فهذا يُعد بأنه راض دلالة على انتفاع شريكه الحاضر، ولأن ذلك ليس فيه ضرر

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٤١٨).

(٢) انظر: (٢٤٧).

على الغائب؛ لأن سكنى الحاضر يخول للشريك الغائب حق السكنى عند عودته بمقدار ما سكن الشريك الحاضر[1].

* * *

(١) انظر: (٣٦/٣).

المسألة الرابعة: جواز تعمير أحد الشريكين العقار المشترك بدون إذن شريكه، ورجوعه بقيمة البناء عند ضرورة تعذر قسمته[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

هذه المسألة مبنية على مسألة إجبار الشريك على عمارة ما انهدم وصيانة ما خرب من الأعيان المشتركة مع شريكه، لذا أبين حكمها ومن خلالها يتبين القول في هذه المسألة:

اختلف الأئمة الأربعة في إجبار الشريك على عمارة ما انهدم وصيانة ما خرب من الأعيان المشتركة التي لا يمكن قسمتها على قولين:

القول الأول: لا يجبر الشريك على تعمير ما انهدم وصيانة ما خرب من الأعيان المشتركة التي لا يمكن قسمتها، وهذا قول عند الحنفية[٢]، ورواية عند المالكية[٣]، والقول الجديد للشافعي[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الممتنع يجبر، وهذا قول عند الحنفية وعليه الفتوى[٦]، ورواية عند المالكية[٧]، والقول القديم للشافعي[٨]، ورواية عند الحنابلة[٩].

وعلى هذا القول فإن الشريك إن امتنع عن العمارة فإن للشريك العمارة والرجوع

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٤٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢٤٨/١).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٥١١/٦)، شرح المجلة للأتاسي (٢٣٩/٤).

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر (٩٤٢/٢)، التفريع لابن جلاب (٢٩٣/٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٥٠/٣)، مغني المحتاج (١٩٠/٢).

(٥) انظر: المغني (٤٦/٧)، الكافي لابن قدامة (٢٨٣/٣).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢٦٤/٦)، البحر الرائق (٣٠/٧).

(٧) انظر: الكافي لابن عبد البر (٩٤٢/٢)، حاشية الخرشي (٣٦٨/٦).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٤٥٠/٣)، مغني المحتاج (١٩٠/٢).

(٩) انظر: المغني (٤٥/٧)، كشاف القناع (٤١٤/٣).

على الممتنع بما انفق[١].

أدلة القول الأول:

١ – أن الحائط وما شابهه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه كما لو انفرد به[٢].

٢ – أن عمارة ما انهدم لا يجبر عليها الشريك كالعمارة ابتداء[٣].

٣ – أن الممتنع لا يجبر على عمارة الحائط كما لا يجبر على زراعة الأرض المشتركة[٤].

٤ – أن الممتنع عن العمارة يتضرر بتكليفه بها لما فيها من الغرامة[٥].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث أبي سعيد الخدري ﷺ، أن رسول الله ﷺ قال: "لا ضرر ولا ضرار"[٦].

وجه الاستدلال:

إن في ترك العمارة إضراراً للشريك فيجبر عليها دفعاً للضرر وصيانة للأملاك المشتركة من التعطيل[٧].

٢ – أن الممتنع عن العمارة يجبر كما يجبر الممتنع عن القسمة إذا طلبها أحد الشركاء[٨].

٣ – أن الممتنع عن العمارة يجبر عليها كما يجبر الشريك على نقض الحائط إذا

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٦٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣١٤)، المغني (٧/٤٧).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٥١١)، المغني (٧/٤٦)، الكافي لابن قدامة (٣/٢٨٣).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٥٠)، مغني المحتاج (٢/١٩٠).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٥٠)، المغني (٧/٤٦).

(٦) تقدم تخريجه ص (١٨٧).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٥١١)، روضة الطالبين (٣/٤٥٠)، المغني (٧/٤٥).

(٨) انظر: المغني (٧/٤٥).

خيف سقوطه عليها[١].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لحديث أبي سعيد ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[٢]، لأن في الإجبار على العمارة إضراراً بالشريك الممتنع لما يلحقه من كلفة وغرامة قد لا يستطيعها، ولأن الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه الخاص وإصلاحه فالمشترك من باب أولى.

وأما القياس على القسمة فقياس مع الفارق، لأن القسمة دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه، والعمارة لا تخلو من إضرار لما فيها من الغرامة وإنفاق المال، وكذلك القياس على الإجبار على هدم الحائط المشترك إذا خيف سقوطه، لأن سقوط الحائط يخاف منه أن يحصل منه تلف فيجبر على ما يزيل ذلك[٣].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا انهدم الحائط المشترك وامتنع الشريك من مشاركة شريكه في عمارة ما انهدم، فإنه تعارض المانع وهو عدم جواز التصرف في حق الغير إلا بإذنه، مع المقتضي وهو الإباحة للشريك أن يقوم بتعمير ما انهدم لما في ذلك من المصلحة، وعلى القول بالإجبار قدم المقتضي على المانع، وهذا على خلاف قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع" وتكون مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

استثناء هذه المسألة ذكرها الزرقاء في شرح القواعد الفقهية[٤]، ولم يذكر سبب

---

(١) انظر: المغني (٤٥/٧).

(٢) تقدم تخريجه ص (١٨٧).

(٣) انظر: المغني (٤٦/٧).

(٤) انظر: (٢٤٧).

الاستثناء، والذي يظهر أن السبب هنا هو المصلحة، فإن في عمارة الشريك مصلحة للشريكين لما في ذلك من صيانة الملك المشترك من التعطيل[1]، ودفع للضرر الذي يلحق الشريكين بسبب ترك العمارة.

* * *

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٥١١).

المسألة الخامسة: بيع الشريك الحاضر الثمار المشتركة بينه وبين شريكه الغائب[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

هذه المسألة يبحثها الفقهاء في حكم بيع العين المشتركة بدون إذن شريكه صفقة واحدة بثمن واحد.

اختلف الأئمة الأربعة في حكم هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن البيع يصح فيها بقسطهما من الثمن بأن يوزع الثمن على أجزاء المبيع فيؤخذ ما يصح التصرف فيه بقسطه، ويوقف حق الشريك على إجازته، وهذا قول الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والأصح عند الشافعية[٤]، والمذهب عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن البيع لا يصح، وهذا قول عند الشافعية[٦]، ورواية عند الحنابلة[٧].

أدلة القول الأول:

١ – أنه يصح العقد على نصيبه مفرداً فلا يتغير حكمه بضم غيره إليه، كما لو باع شقصاً وسيفاً فإنه تثبت الشفعة في الشقص بلا خلاف كما لو أفرده[٨].

٢ – أن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين، وامتنع حكمه في أحد المحلين، فيصح

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٤٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢٤٨/١).

(٢) انظر: الفتاوى الهندية (١٥٥/٣)، شرح المجلة للأتاسي (٢٦/٤).

(٣) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب (٥٦١/٢)، البهجة في شرح التحفة (٦٨/٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٩٢/٣)، مغني المحتاج (٤٠/٢).

(٥) انظر: المغني (٣٣٦/٦)، الإنصاف (١٥٣/١١).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٩٢/٣)، مغني المحتاج (٤٠/٢).

(٧) انظر: المغني (٣٣٦/٦)، الإنصاف (١٥٣/١١).

(٨) انظر: المغني (٣٣٦/٦).

في الآخر، كما لو أوصى بشيء لآدمي وبهيمة فإنه يصح للآدمي دون البهيمة مع أن الوصية واحدة[١].

أدلة القول الثاني:

١ – أن هذه الصفقة جمعت بين حلال وحرام فغلب التحريم[٢].

٢ – أن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كبيع درهم بدرهمين أو الجمع في عقد النكاح بين أختين[٣].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – هو القول الأول؛ لأنه يصح بيع العين مفردة فلا يبطلها جمعها مع غيرها ويقسط الثمن على جميع المبيع باعتبار الأجزاء لتماثلها.

وعلى هذا إذا باع الشريك الحاضر الثمار المشتركة بينه وبين شريكه الغائب فإن البيع صحيح، ويكون الغائب عند حضوره مخيراً إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن المحفوظ، وإن شاء لم يجز وضمَّنه حصته[٤].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

هذه المسألة ذكرها الزرقاء من مستثنيات قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع"[٥]، باعتبار أن الشريك الحاضر له أن يبيع العين المشتركة لوجود المقتضي وهو كونه شريكاً، لكن غيبة شريكه كان ينبغي أن تكون مانعاً من تصرفه؛ لكون العين مشتركة بينهما، وبحسب القاعدة فإن البيع لا يصح، إلا أن في القول بصحة البيع تقديماً للمقتضي وهو صحة بيع الشريك الحاضر لكونه مالكاً لبعض العين، وهذا على

(١) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب (٢/٥٦١)، المغني (٦/٣٣٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/٩٢)، المغني (٦/٣٣٦).

(٣) انظر: المغني (٦/٣٣٦).

(٤) انظر: شرح المجلة للأتاسي (٤/٢٦).

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية (٢٤٧).

خلاف القاعدة.

وأما على قول جمهور الفقهاء بتصحيح البيع في قسط الشريك الحاضر بقسطه من الثمن، ونصيب الغائب موقوف على إجازة الشريك الغائب بمعنى أن بيع نصيب الغائب لم ينفذ بعد، فإن المسألة ليست داخلة تحت القاعدة، وإنما هي داخلة تحت قاعـــدة: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه..."، ولذا ذكر الزرقاء هذه المسألة مـــن تطبيقاتها[1]، وعلى هذا يحمل قوله باستثنائها من قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع"، أنها غير داخلة تحت القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

سبق في المقصد السابق بيان أن هذه المسألة ليست داخلة تحت قاعدة: إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع"، وإنما هي مندرجة تحت قاعدة: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه"[2]، وبهذا فإن المسألة ليست مستثناة من القاعدة.

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية (٤٦٣).

(٢) انظر المرجع السابق.

الفصل الثالث

المستثنيات من قاعدة: "التابع تابع"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها والقواعد المندرجة تحتها.

- المبحث: في المستثنيات من القواعد المندرجة تحت القاعدة.

* * *

قاعدة: "التابع تابع"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاها والقواعد المندرجة تحتها:

١ – معنى القاعدة:

التابع في اللغة: من تبع عمرو زيداً إذا مشى خلفه، وأصل التبع في اللغة: التلو والقفو والإلحاق، فيقال: تبعت فلاناً إذا تلوته واتبعته إذا لحقته[٢].

وفي الاصطلاح: "ما لا يوجد مستقلاً بنفسه، بل وجوده تابع لوجود غيره"[٣].

المعنى الإجمالي:

أن التابع لشيء في الوجود، بأن كان جزءاً مما يضره التبعيض، كالجلد من الحيوان، أو كالجزء وذلك كالجنين وكالفص للخاتم، أو كان وصفاً فيه كالشجر والبناء القائمين في الأرض، أو كان من ضروراته؛ كالطريق للدار والمفتاح للقفل فإنه تابع له في الحكم وإن لم ينص عليه[٤].

فالموضوع: هو توابع الأشياء، وترجع أسباب تبعية الشيء لغيره إلى عدة أمور وهي:

١ – النص الشرعي كما في حديث بيع النخل المؤبر، فعن ابن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع)[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٦٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٦)، المواهب السنية شرح الفوائد البهية للجرهزي (٢/١٠٥)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٧)، شرح المجلة للأتاسي (١/١٠٧)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٥٣)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٩٩)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١١٠)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣١)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٠)، القواعد الفقهية لعزام (٥١٦)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٣٤).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (١/٣٦٢)، المصباح المنير (١/٧٢).

(٣) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣١).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٥٣).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب من باع نخلاً قد أبرت رقم (٢٢٠٤)، ومسلم في كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، رقم (٣٨٧٨).

٢ – اللغة فما اقتضاه اللفظ يتبع متبوعه؛ كالأرض يتبعها البناء والأشجار.

٣ – العرف كلجام الدابة وخطام البعير.

٤ – الشرط في العقد، كما ورد في الحديث: (إلا أن يشترط المبتاع)[١].

فما اشترطه أحد العاقدين بأن يكون تابعاً يكون كذلك.

والحكم الكلي للقاعدة: تبعية التابع للمتبوع في الحكم، ويشترط لذلك:

١ – أن تثبت التبعية بأحد الأسباب السابقة.

٢ – أن لا ينص على خلاف تبعية التابع للمتبوع[٢].

٢ – أدلة القاعدة:

١ – حديث أبي سعيد الخدري ﷺ عن النبي ﷺ قال: (ذكاة الجنين ذكاة أمه)[٣].

وجه الاستدلال: الحديث يدل على أن الجنين يتبع أمه في الذكاة، فإذا ذكيت أمه يحل بذكاة الأم سواء خرج حياً أو ميتاً، ولا يحتاج إلى تذكية[٤].

٢ – الإجماع: فقد أجمع العلماء على العمل بهذه القاعدة من حيث الجملة، ففي بيع الأصول والثمار اتفق الفقهاء على أنه يدخل في بيع الدار الأرض وكل بناء متصل بها[٥].

---

(١) تقدم تخريجه ص (٣٣١).

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٢ – ٣٠٣).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين رقم (٢٨٢٧)، والترمذي في كتاب الأطعمة باب ما جاء في ذكاة الجنين رقم (١٤٧٦)، وابن ماجه في كتاب الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه رقم (٣١٩٩)، والإمام أحمد برقم (١١٣٤٣)، والدار قطني في كتاب الصيد والذبائح والأطعمة، رقم (٤٧٣٧)، وقال الترمذي: «حسن صحيح»، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي رقم (١٤٧٦).

(٤) انظر: نيل الأوطار (٢٥٨/١٠).

(٥) انظر: المغني (١٤٣/٦).

وقال ابن المنذر في ذكاة الجنين: «وأجمعوا على أن الجنين إذا خرج ميتاً أن ذكاته بذكاة أمه»[1].

٣ – ومن المعقول: أن إفراد التابع بحكم يشق على المكلفين، فيلحق التابع بالمتبوع في الحكم عملاً بقاعدة: "المشقة تجلب التيسير"[2].

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – لو أقر شخص بخاتم، دخل فصه في الإقرار[3].

٢ – إذا ضرب بطن امرأة فماتت، ثم بعد موتها ألقت جنيناً ميتاً، فعلى الضارب دية الأم، ولا غرة في الجنين، فقد اعتبرت غرته داخلة في دية الأم؛ لكونه تبعاً لها[4].

٣ – أن الزوائد التي تحصل في البيع بعد العقد وقبل القبض تكون مملوكة للمشتري[5].

٤ – القواعد المندرجة تحت القاعدة:

يتفرع عن قاعدة: "التابع تابع" أربع قواعد:

القاعدة الأولى: "التابع لا يفرد بالحكم"[6].

---

(١) الإجماع (٢٥).

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٥٢).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٥٣).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٧).

(٦) انظر: المنثور في القواعد (١/١٢٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٦٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٦)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٤٥٩)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/١٠٦)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٨)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٧)، شرح المجلة للأتاسي (١/١٠٩)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٥٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣٣).

١ – معنى القاعدة:

هذه القاعدة بمعنى قاعدة: "التابع تابع"، وتفيد أن ما لم يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تبع لوجود غيره، فهو يترل مترلة المعدوم من حيث تعلق الأحكام، فلا يجوز إفراده بالحكم[١].

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً لها، فلا يفرد بالبيع[٢].

٢ – لو باع شخص حجراً من ألماس على أن وزنه خمسة قراريط فظهر أثناء التسليم أن وزنه خمسة ونصف يصبح ذلك الحجر للمشتري بنفس الثمن الذي صار الاتفاق عليه لأن نصف القيراط تابع للكل فلا يفرد بالحكم[٣].

٣ – لا يجوز بيع حق الشرب أو المسيل دون الأرض[٤].

القاعدة الثانية: "التابع يسقط بسقوط المتبوع"[٥].

١ – معنى القاعدة:

أن الذي يكون وجوده مرتبطاً بوجود غيره يتبعه في الوجود والعدم، فإذا سقط الأصل سقط الفرع[٦].

---

(١) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٦٣).

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٧).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٥).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (١/١٢٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٦٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٧)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٤٦٣)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/١٠٧)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٠)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٨)، شرح المجلة للأتاسي (١/١١٥)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٦٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣٦)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٦).

(٦) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٦).

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – إذا أبرأ الدائن المدين من الدين يبرأ الكفيل أيضاً؛ لأن المدين في الدين أصل والكفيل فرع فبسقوطه عن الأصل يسقط عن الفرع[1].

٢ – من فاتتها صلوات في أيام الحيض أو النفاس لا تقضي سننها الرواتب[2].

٣ – الوكيل ينعزل بموت الموكل أو جنونه – إذا لم يتعلق بوكالته حق غيره – فلا يبقى له حق التصرف[3].

القاعدة الثالثة: "التابع لا يتقدم على المتبوع"[4].

١ – معنى القاعدة:

هذه القاعدة تعد ضابطاً في قاعدة: "التابع تابع"، لأن التابع تالٍ لمتبوعه، ومتأخر عنه في الوجود، فلا يجوز أن يتقدم عليه في الفعل والعمل، لأنه إذا تقدم عليه في الفعل تقدم عليه في الحكم، وهذا تناقض؛ لأنه تابع لمتبوعه في أحكامه[5].

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – لا يصح تقدم المأموم على إمامه في الموقف ولا في تكبيرة الإحرام ولا في سائر الأفعال[6].

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٨).

(٢) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣٦).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المنثور في القواعد (١/١٣٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٦٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٨)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (١/٤٦٧)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/١١٢)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٧).

(٥) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣/١٦٢).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٦٦).

٢ – إذا باع بشرط الرهن فقدم لفظ الرهن على البيع لم يصح[١].

٣ – ما لو كان بياض (أرض غير مزروعة) متخللة بين أشجار النخيل أو العنب فساقاه على الأشجار وزارعه على البياض فيشترط أن يقدم لفظ المساقاة على المزارعة في العقد؛ لأن المزارعة تابعة للمساقاة فلا يتقدم التابع على المتبوع بناء على أن المزارعة لا تصح منفردة، وإنما تصح تابعة للمساقاة كما هو مذهب الشافعية[٢].

القاعدة الرابعة: "يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها"[٣].

١ – معنى القاعدة:

الشرائط الشرعية المطلوبة يجب توافرها جميعاً في المحل الأصلي، ولكن التوابع قد يتساهل في استيفائها بعض هذه الشروط الشرعية فيما يعد تابعاً لغيره أو فيما ثبت ضمناً؛ لأن التابع يثبت ضرورة لثبوت متبوعه، فيشدد في المتبوع ويتساهل في التابع[٤].

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – يشترط في الوقف أن يكون الموقوف عقاراً، أو مالاً ثابتاً، لكنهم أجازوا وقف المنقول إذا كان تابعاً للعقار كالأثاث الموجود في الدار الموقوفة[٥].

٢ – لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع، فإن باعه مع الأرض جاز بيعه[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٦٦/١).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٦٦/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٨)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (١١٦/٢)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٠/١)، شرح المجلة للأتاسي (١٣١/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٩١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٤٠)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٨).

(٤) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٤٠).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٦٨/١).

٣ – لا يثبت النسب بشهادة النساء، فلو شهدن بالولادة على الفراش ثبت النسب تبعاً[1].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه النظائر للسيوطي (١/٢٦٨).

مبحث

في المستثنيات من القواعد المندرجة تحت قاعدة: "التابع تابع"

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: المستثنيات من قاعدة: "التابع لا يفرد بالحكم".
- المطلب الثاني: المستثنيات من قاعدة: "التابع يسقط بسقوط المتبوع".

المطلب الأول

المستثنيات من قاعدة: "التابع لا يفرد بالحكم"

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إذا أسقط المرتهن حقه في حبس الرهن جاز مع بقاء الدين.

المسألة الثانية: إذا أبرا الدائن الكفيل صح الإبراء، ولا يسقط الدين عن الأصيل.

المسألة الثالثة: إذا ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً، يضمن الضارب ديته.

المسألة الأولى: إذا أسقط المرقمن حقه في حبس الرهن جاز مع بقاء الدين[١].

تعريف الرهن:

الرهن في اللغة: يراد به عدة معانٍ: منها: الحبس، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[٢] أي محبوسة، ومنها: الثبوت والدوام والاستمرار، يقال: نعمة راهنة، أي ثابتة مقيمة[٣].

وفي الاصطلاح: "المال الذي جعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه"[٤].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اتفق الأئمة الأربعة على أن المرقمن إذا أسقط حقه في حبس الرهن زال لزوم الرهن[٥]، لأن الرهن شرع توثقة لحقه فجاز له إسقاطه متى شاء كالإبراء من الدين[٦].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الرهن تابع للدين لأنه يمكن وفاء الدين منه، فإذا سلم الراهن الرهن للمرقمن فأسقط

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٤).

(٢) سورة المدثر، الآية (٣٨).

(٣) انظر: مقاييس اللغة (٤٥٢/٢)، القاموس المحيط (٢٣٠/٤).

(٤) المغني (٤٤٣/٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١٥٠/٦، ١٥١)، حاشية ابن عابدين (٨٢/١٠)، بداية المجتهد (٤٤٣/٢)، التاج والإكليل (١١/٥)، المجموع (١٩٩/١٢)، مغني المحتاج (١٤١/٢)، المغني (٤٤٨/٦)، كشاف القناع (٣٢١/٣).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (١٥١/٦)، المجموع (١٩٩/١٢)، كشاف القناع (٣٢١/٣).

المرتهن حقه في حبس الرهن فإن الرهن يسقط مع أنه تابع للدين وهو باق[١]، وبحسب القاعدة فإن التابع لا يفرد بالحكم إلا أنها استثنيت منها على قول من قال بالاستثناء.

وفي الحقيقة فإن هذه المسألة ليست مندرجة تحت القاعدة، وذلك أن التابع ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تابع لوجود متبوعه[٢].

فشرط القاعدة لم يتحقق في هذه المسألة: قال السيوطي: «شرط القاعدة: أن لا يكون الوصف مما يفرد بالعقد؛ كالرهن والكفيل، بخلاف الأجل، فإنه وصف لازم لا يمكن إنشاؤه بعقد مستقل»[٣].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "التابع لا يفرد بالحكم"[٤].

وفي هذا الاستثناء نظر لأن المسألة لا تندرج تحت القاعدة لعدم تحقق شرط القاعدة فيها: أن لا يكون الوصف مما يفرد بالعقد. والرهن يفرد بعقد مستقل عن الدين، قال الأتاسي بعد ذكر المستثنيات التي ذكرها ابن نجيم من القاعدة: «فمن هذا يعلم أن الأمر قد اشتبه على صاحب الأشباه حيث جعل ما ذكر خارجاً عن القاعدة وليس منها»[٥].

* * *

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر (١/٣٦٣).

(٢) انظر: شرح المجلة للأتاسي (١/١٠٩).

(٣) الأشباه والنظائر (١/٢٦٣).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١٤٧).

(٥) شرح المجلة (١/١٠٩).

المسألة الثانية: إذا أبرأ الدائن الكفيل صح الإبراء، ولا يسقط الدين عن الأصيل[١].

تعريف الكفالة:

الكفالة في اللغة: من كفلته وكفلت به إذا تحملت به، وتكفلت بالمال: التزمت به، والكفيل الضامن، والكافل هو الذي يعول إنساناً وينفق عليه[٢].

وفي الاصطلاح: اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعاً لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر، فعُرفت بأنها: «ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين»[٣].

وعرفها بعضهم بأنها: «التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي إلى ربه»[٤].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا أبرأ الدائن الكفيل وقَبِل الإبراء، فقد برئ الكفيل فقط، دون المكفول باتفاق الأئمة الأربعة[٥] للأدلة التالية:

١ — الدين على الأصيل لا على الكفيل، والذي على الكفيل إنما هو حق المطالبة، وسقوط حق المطالبة لا يلزم منه سقوط الدين، فلا يلزم من عدم المطالبة عدم الدين[٦].

٢ — براءة الفرع لا تستلزم براءة الأصل؛ لأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٤).

(٢) انظر: المصباح المنير (٥٣٦/٢)، القاموس المحيط (٤٥/٤).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥٥٣/٧).

(٤) شرح منتهى الإرادات (٤٨٩/٣).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١١/٦)، شرح فتح القدير (٣٠٧/٦)، حاشية الخرشي (٣١٥/٦)، حاشية الدسوقي (٣٠٣/٣)، المجموع (٢٧/١٣)، مغني المحتاج (٢٠٨/٢)، المغني (٧٨/٧)، كشاف القناع (٣٦٥/٣).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (١١/٦)، شرح فتح القدير (٣٠٧/٦).

منها، فلم تبرأ ذمة الأصيل، كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه، وبراءة الكفيل تعني انحلال عقد الكفالة[١].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا أبرأ الدائن الكفيل، فإن الكفيل يصبح برئياً مع أن الدين لا يزال باقياً على المدين الأصلي.

فالكفالة تابعة للدين وسقطت الكفالة بإبراء الدائن الكفيل، ومع ذلك بقي المتبوع وهو وجوب أداء الدين على المدين، وبحسب قاعدة: "التابع لا يفرد بالحكم"، فإن التابع لا يستقل عن المتبوع.

وفي الحقيقة فإن هذه المسألة ليست مندرجة تحت القاعدة، وذلك أن التابع ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تابع لوجود متبوعه، والكفالة تفرد بعقد مستقل عن الدين.

فشرط القاعدة لم يتحقق في هذه المسألة وهو: "أن لا يكون الوصف مما يفرد بالعقد، كالرهن والكفيل"[٢].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم في الأشباه والنظائر[٣].

وهذه المسألة لم يتحقق فيها شرط القاعدة: "أن لا يكون الوصف مما يفرد بالعقد"[٤]، والكفالة تفرد بعقد مستقل عن الدين، فهي مشابهة للقاعدة في الصورة فقط، ولا تندرج تحتها حقيقة[٥].

---

(١) انظر: المجموع (١٣/٢٧)، المغني (٧/٨٧).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٦٣).

(٣) انظر: ص (١٤٧).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٦٣).

(٥) انظر: شرح المجلة للأتاسي (١/١٠٩).

المسألة الثالثة: إذا ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً، يضمن الضارب ديته[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا ضرب الجاني بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً فإن على الجاني الغرة[(٢)] بإجماع العلماء[(٣)].

قال ابن المنذر: «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على الضارب بطن المرأة فتطرح جنيناً ميتاً لوقته الغرة»[(٤)].

لحديث أبي هريرة ﷺ قال: (قضى رسول الله ﷺ في جنين بني لحيان سقط ميتاً بغرة عبد أو أمة)[(٥)].

واتفق الأئمة الأربعة على أن الغرة تقسم بين ورثة الجنين[(٦)]؛ لأن الواجب بدل عنه فترثه ورثته؛ كدية غير الجنين[(٧)].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

الجنين تابع لأمه فإذا ضرب الجاني بطن الأم فأسقطت الجنين ميتاً فإن على الضارب

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٦)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢٥٨)، المدخل الفقهي العام (١٠١٩/٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٤٣/١).

(٢) الغرة: في الأصل البياض في وجه الفرس، وقيمة غرة العبد أو الأمة نصف عشر الدية (خمس من الإبل). انظر: المغني (٦٦/١٢).

(٣) انظر: المبسوط (٨٧/٢٦)، بدائع الصنائع (٣٢٥/٧)، المدونة الكبرى (٣٩٩/١٦)، حاشية الخرشي (١٩٤/٨)، المجموع (٤١٩/١٧)، مغني المحتاج (١٠٣/٤)، المغني (٦٢/١٢)، كشاف القناع (٢٣/٦).

(٤) الإجماع (٧٥).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد، رقم (٦٩٠٩)، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب دية الجنين، ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد على عاقلة الجاني رقم (١٦٨١).

(٦) انظر: شرح معاني الآثار (٢٠٦/٣)، حاشية الخرشي (١٩٥/٨)، المجموع (٤٢٤/١٧)، المغني (١٨٤/٩).

(٧) انظر: المغني (١٨٤/٩).

الدية، وبحسب قاعدة: "التابع لا يفرد بالحكم"، فإن الجنين لا يفرد بالدية.

وفي الحقيقة أن في دخول هذه المسألة تحت القاعدة نظر؛ لأن دية الجنين يفرق فيها بين خروج الجنين بالضرب، وبقائه بعد الضرب، فإنه إذا خرج ميتاً ففيه الغرة[١]، وأما إذا ماتت أمه ولم يسقط الجنين فإنه لا يضمن الجاني الجنين باتفاق الأئمة الأربعة[٢]، لأنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لا تصح له وصية ولا ميراث[٣]، ولذا فإن بخروجه لا يأخذ حكم المتبوع.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم[٤]، إلا أن في الاستثناء نظر لأن المسألة غير مندرجة تحت القاعدة.

* * *

---

(١) انظر: ص (٣٤٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣٢٥/٧)، المدونة الكبرى (٤٠٠/١٦)، مغني المحتاج (١٠٣/٤)، المغني (٦٢/١٢).

(٣) انظر: المغني (٦٢/١٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١٤٦).

المطلب الثاني

المستثنيات من قاعدة: "التابع يسقط بسقوط المتبوع"

وفيه مسألة واحدة:

وهي: إجراء الموسى على رأس الأقرع.

* * *

مسألة: إجراء الموسى على رأس الأقرع[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

الحلق من واجبات الحج والعمرة فإذا كان المحرم أقرع لا شعر له فإن العلماء أجمعوا على أن عليه أن يمر بالموسى على رأسه[٢].

واختلفوا في حكم إمرار الموسى هل هو واجب أو مستحب على قولين:

القول الأول: أن إمرار الموسى على رأس المحرم الأقرع مستحب، وهذا قول عند الحنفية[٣]، وقول المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

القول الثاني: أن إمرار الموسى واجب، وهذا هو المذهب عند الحنفية[٧].

أدلة القول الأول:

١ - أن الحلق فرض تعلق بجزء آدمي فسقط بفواته، كغسل اليد في الوضوء[٨].

٢ - أن المحرم إذا فعل الإمرار لم يجب به دم، فلم يجب عند التحلل كإمراره على الشعر من غير حلق[٩].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٧)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٤٦٤/١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٣٧)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٠٧).

(٢) انظر: الإجماع لابن المنذر (٢٣)، شرح فتح القدير (٤٨٩/٢)، مواهب الجليل (١٨١/٤)، روضة الطالبين (٣٨٢/٢)، المغني (٣٠٦/٥).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٤٨٩/٢).

(٤) انظر: مواهب الجليل (١٨١/٤)، حاشية العدوي على حاشية الخرشي (١٩٨/٣).

(٥) انظر: المجموع (١٤٨/٨)، مغني المحتاج (٥٠٣/١).

(٦) انظر: المغني (٣٠٦/٥)، كشاف القناع (٥٠٢/٢).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (١٤٠/٢)، شرح فتح القدير (٤٨٩/٢).

(٨) انظر: شرح فتح القدير (٤٨٩/٢)، مغني المحتاج (٥٠٣/١)، المغني (٣٠٦/٥).

(٩) انظر: مواهب الجليل (١٨١/١)، المغني (٣٠٦/٥).

دليل القول الثاني:

١ – أن الواجب شيئان إجراؤه مع الإزالة، فما عجز عنه سقط دون ما لم يعجز عنه[١].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول؛ لأن الواجب إزالة الشعر لا إجراء الموسى، فإذا سقط ما وجب الإجراء لأجله وهو الإزالة سقط الإجراء.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الواجب على المحرم للتحلل من نسكه حلق الشعر، والشعر متبوع والحلق تابع، وبحسب قاعدة: "التابع يسقط بسقوط المتبوع"، فإن وجوب الحلق يسقط عند عدم وجود الشعر؛ لأن الأصل قد سقط، وفي القول بإمرار الموسى على رأس الأقرع استثناء من هذه القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها ابن نجيم[٢]، وناظر زاده[٣]، وقال ناظر زاده: "ومما خرج عن هذه القاعدة: إجراء الموسى على رأس الأقرع؛ فإنه واجب على المختار، عملاً بمفهوم قوله ﷺ: (من تشبه بقوم فهو منهم)[٤]، قال في العناية: «لأنه إن عجز عن الحلق

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٤٨٩/٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٤٧).

(٣) انظر: ترتيب اللآلي (٤٦٤/١).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب اللباس، باب في لبس الشهرة رقم (٤٠٣١)، وأحمد برقم (٥١١٤)، وابن أبي شيبة في كتاب الجهاد، باب ما ذكر في فضل الجهاد والحث عليه، رقم (١٩٦٢٩)، قال ابن حجر في الفتح (٢٧١/١٠): «وقد ورد حديث ابن عمر رفعه (من تشبه بقوم فهو منهم)، قلت أخرجه أبو داود بسند جيد»، وقال الألباني في صحيح سنن أبي داود: «حديث حسن صحيح»، رقم (٤٠٣١).

والتقصير لم يعجز عن التشبه»[١].

والذي يظهر أن سبب الاستثناء وجود الإجماع على هذا الحكم[٢]، فقد حكى ابن المنذر الإجماع على مشروعية إمرار الموسى فقال: «وأجمعوا على أن الأصلع يمر على رأسه بالموسى عند الحلق»[٣].

* * *

(١) ترتيب اللآلي (١/٤٦٤).

(٢) انظر: الاستثناء من القواعد الفقهية (أسبابه وآثاره) للشعلان (٥٩).

(٣) الإجماع (٢٣).

الفصل الرابع

المستثنيات من قاعدة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "تصرف الإمام علـى الرعيـة منـوط بالمصلحة".

قاعدة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"[(١)]

التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الرعية في اللغة: من رعت الماشية ترعى رَعْياً فهي رَاعِيَة إذا سرحت بنفسها، وأصلها في اللغة يدل على المراقبة والحفظ، فيقال للحاكم والأمير راع لقيامه بتدبير الناس وسياستهم، ويقال للناس رعية؛ لأنهم تحت مراقبة الحاكم أو الأمير[(٢)].

وفي الاصطلاح: لا يخرج المعنى الاصطلاحي لها عن المعنى اللغوي فهي: كل من كانوا تحت الولاية العامة لأمير المؤمنين[(٣)]، والمراد بالراعي: "كل من ولي أمراً من أمور العامة، عاماً كان كالسلطان الأعظم، أو خاصاً كمن دونه من العمال"[(٤)].

ومنوط: من نيط أي ربط وعلق، فمنوط معناه: معلق ومرتبط ومعهود به[(٥)].

والمصلحة في اللغة: الخير والصواب، يقال في الأمر مصلحة أي خير، والجمع المصالح[(٦)].

وفي الاصطلاح: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم

(١) انظر: الأشباه والنظار لابن السبكي (٣١٠/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٦٩/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٩)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٥١٨/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (١٢٣/٢)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٨)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥١/١)، شرح المجلة للأتاسي (١٤١/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٠٩)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٤٧)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٥٢).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٤٠٨/٢)، المصباح المنير (٢٣١/١).

(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي (٢٢٤).

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٠٩).

(٥) انظر: المصباح المنير (٣٦٠/٢).

(٦) انظر: المرجع السابق (٣٤٥/١).

ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها"[١].

المعنى الإجمالي:

إن نفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم شاؤوا أو أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن تصرفه، دينية كانت أو دنيوية، فإن تضمن منفعة ما وجب عليهم تنفيذه، وإلا رد؛ لأن الراعي ناظر، وتصرفه حينئذ متردد بين الضرر والعبث وكلاهما ليس من النظر في شيء[٢].

فموضوع القاعدة: هو تصرفات من له ولاية على غيره كالإمام والقاضي وناظر الوقف والولي والوصي.

وحكمها: هو نفاذ تصرفات الولي على الغير تتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن التصرف سواء أكانت تلك المنفعة دينية أم دنيوية، فإن تضمن التصرف منفعة وجب على الغير تنفيذه وإلا فلا[٣].

٢ – شروط القاعدة:

يشترط لإعمال هذه القاعدة شروط:

١ – أن تتوافر في الولي شروط الوكيل؛ لأن الولي لا يتصرف لنفسه وإنما هو وكيل عن غيره في القيام بشئونه، ومن الشروط المشتركة في الولاية العامة: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورية، والعلم بالأحكام الشرعية والقدرة على تحقيق مقاصد الولاية.

ويشترط في الولاية الخاصة: العقل والبلوغ والحرية والقدرة على تحقيق مقاصد الولاية.

٢ – أن يتضمن التصرف منفعة للمولى عليه[٤].

---

(١) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (٢٧).

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٠٩).

(٣) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٥٣).

(٤) انظر: المرجع السابق.

٣ – أدلة القاعدة:

١ – قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾[١].

وجه الاستدلال: في الآية دلالة على أنه لا يصح التصرف في مال اليتيم إلا بما فيه مصلحة كالاستثمار والحفظ.

٢ – حديث معقل بن يسار[٢] رضي الله عنه قال سمعت النبي ﷺ يقول: (ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت حين يموت، وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة)[٣].

٣ – قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (إني نَزَّلْتُ نفسي من مال الله بمترلة مال اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإن أيسرت رددته، فإن استغنيت استعففت)[٤].

٤ – تطبيقات القاعدة:

١ – لا يجوز لأحد من ولاة الأمور أن ينصب إماماً للصلوات فاسقاً، وإن صححنا الصلاة خلفه؛ لأنها مكروهة[٥].

٢ – إذا اجتمع جماعة يصلحون للقيام بالأيتام قدم الحاكم أقومهم بذلك وأعرفهم بمصالح الأيتام وأشدهم شفقة ومرحمة[٦].

---

(١) سورة الإسراء، الآية (٣٤).

(٢) أبو علي معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر بن حراق بن أبي بن كعب المزني البصري، أسلم قبل الحديبية وشهد بيعة الرضوان، وسكن البصرة ومات في سنة ٦٥هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٥٧٦)، الإصابة في تمييز الصحابة (٦/١٢٦).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الأحكام باب من استرعي رعية فلم ينصح رقم (٧١٥١)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار رقم (٢٢٧).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب البيوع، باب من قال يقضي الولي مال اليتيم إذا أيسر (٦/٥).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٦٩).

(٦) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٥٦).

٣ – لا يجوز للوالي أو القاضي أو الناظر أو الوصي أن يهب أموال الوقف أو أموال الصغير، لأن تصرفه يجب أن يكون مقيداً بالمصلحة[1].

* * *

(١) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٤٩).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا باع الأب مال ولده الصغير، وسلم العين قبل استيفاء الثمن، لا يملك استردادها لاستيفاء الثمن.

المسألة الثانية: تزويج الأب أو الجد ابنته الصغيرة من غير الكفء.

المسألة الأولى: إذا باع الأب مال ولده الصغير، وسلم العين قبل استيفاء الثمن، لا يملك استردادها لاستيفاء الثمن[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

حتى نعرف هل يجوز للبائع أن يسترد المبيع إذا كان له حق حبسه، فلابد من معرفة من الذي يجب عليه من العاقدين التسليم أولاً، لأن ذلك مترتب عليه.

اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا كان العقد بيع عين بعين فإنه يجب على العاقدين التسليم معاً[٢]، تحقيقاً للمساواة في المعاوضة بين المتعاقدين، إذ ليس أحدهما أولى بالتقديم من الآخر، لأنه قد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه، فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه، لأنه لا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع[٣].

وأما إذا كان العقد بيع عين بدين حالاً، فقد اختلف الأئمة الأربعة في من يجب عليه التسليم أولاً من العاقدين على قولين:

القول الأول: يجب على المشتري أن يدفع الثمن أولاً ما لم يكن مؤجلاً أو مقسطاً، وهذا قول الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، وقول للشافعية[٦].

القول الثاني: يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن، وهذا قول للشافعية[٧]، وقول الحنابلة[٨].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٩٦/١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٧/٥)، مواهب الجليل (٤١٦/٦)، مغني المحتاج (٧٥/٢)، المغني (٢٨٦/٦).

(٣) انظر: المغني (٢٨٧/٦).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٧/٥، ٢٣٨)، حاشية ابن عابدين (٩٤/٧).

(٥) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (٢٧٢)، مواهب الجليل (٢٣١/٦).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٧٤/٢)، نهاية المحتاج (٩٩/٤).

(٧) انظر: المرجعين السابقين.

(٨) انظر: المغني (٢٨٦/٦)، شرح منتهى الإرادات (٢٢٩/٣).

أدلة القول الأول:

١ – حديث أبي أمامة الباهلي[١] ﷺ قال سمعت النبي ﷺ يقول: (الزعيم غارم والدين مقضي)[٢].

وجه الاستدلال: وَصَفَ النبي ﷺ الدين بأنه مقضي عاماً ومطلقاً، فإذا تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً[٣].

٢ – المساواة مطلوبة في باب المعاوضات، وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد، وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد لأن الثمن في الذمة فلا يتعين بالتعيين وإنما بالقبض، لذلك وجب تسليمه أولاً ليتعين فتتحقق المساواة[٤].

دليل القول الثاني:

١ – أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى، سيما مع تعلق الحكم بعينه، وتعلق حق البائع بالذمة، وتقديم ما يتعلق بالعين أولى؛ لتأكده[٥].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول من أنه يجب تسليم الثمن أولاً لكي يتحقق

---

(١) أبو أمامة صُدي بن عجلان بن الحارث بن وهب الباهلي، روى عن النبي ﷺ وعن عمر وعثمان وعلي وأبي عبيدة ومعاذ، كان مع علي ﷺ في صفين، وسكن الشام وتوفي في حمص سنة ٨١هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣/٣٥٩)، الإصابة في تمييز الصحابة (٣/٢٤٠).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية رقم (٣٥٦٥)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة رقم (١٢٦٥)، وابن ماجه في كتاب الصدقات، باب الكفالة رقم (٢٤٠٥)، وأحمد رقم (٢٢٢٩٤)، والدار قطني في كتاب البيوع، باب العارية رقم (٢٩٦٠).
قال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/١٠٥): «رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي، وفيه إسماعيل بن عياش، وضعفه ابن حزم بإسماعيل ولم يصب»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود رقم (٣٥٦٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٤٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٧).

(٥) انظر: المغني (٦/٢٨٦، ٢٨٧).

التوازن بين المتعاقدين، فالمشتري قد تعينت ملكيته في مبيع معين، أما البائع فحقه بعد العقد في ذمة المشتري، والملك المتعين أقوى، فلكي يتحقق التوازن بين الطرفين يجب أن يبدأ المشتري بتسليم الثمن حتى تصبح ملكية البائع متعينة فيه بالقبض.

مسألة: حبس المبيع واسترداده:

ويترتب على ما سبق من التزام المشتري بدفع الثمن أولاً – عند من يقول بذلك من الفقهاء وهم أصحاب القول الأول – أنه يثبت للبائع حق حبس المبيع عن المشتري، واسترداده منه إن كان قد قبضه إلى أن يستوفي ما وجب تعجيله من الثمن، وذلك إذا كان أحد البدلين عيناً والآخر ديناً، مثل بيع السلعة بدراهم، وأن يكون الثمن حالاً، فإن كان الثمن مؤجلاً فلا يثبت حق الحبس(١).

وأما على القول الثاني – قول الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية – فليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن، لأن التسليم من مقتضيات العقد(٢).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إن تصرفات الولي في مال ولده الصغير منوطة بالمصلحة، وعند بيع ماله يجب أن يكون بما فيه غبطة ومصلحة ولا يجوز أن يبيعه بما فيه غبن له.

فإذا سلم الولي المبيع المملوك لابنه الصغير إلى المشتري قبل قبض الثمن فإنه بحسب قاعدة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"، فإن عليه أن يسترد المبيع حتى يقبض الثمن لأن في ذلك حفظاً لمال الصغير.

وعلى القول بعدم الاسترداد خلاف للقاعدة، وعلى هذا تكون المسألة مستثناة من القاعدة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٤٩)، قوانين الأحكام الشرعية (٢٧٢).

(٢) انظر: جامع أحكام الصغار للأسروشني (٢/٢٨٨)، مغني المحتاج (٢/٧٥)، المغني (٦/١٨٨).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزرقاء بناء على قول بعض الحنفية: «الأب إذا باع مال ولده الصغير، وسلم قبل استيفاء الثمن، لا يملك استرداده لاستيفاء الثمن»[1][2].

وفي استثناء هذه المسألة نظر: لأن للولي أن يبيع مال الصغير نسيئة إذا كان فيه صلاح للصغير عند جمهور العلماء[3] خلافاً للمالكية[4].

وتصرفات الولي مقيدة بالمصلحة وفي البيع بالثمن المؤجل في الغالب أكثر ثمناً مما يباع به حالاً.

* * *

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٠).

(٢) انظر: جامع أحكام الصغار للأسروشني (٢٨٨/٢).

(٣) انظر: جامع أحكام الصغار للأسروشني (٢٨٢/٢)، مغني المحتاج (١٧٥/٢)، المبدع (٣٣٩/٤).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٣٠٠/٣).

المسألة الثانية: تزويج الأب أو الجد ابنته الصغيرة من غير الكفء[١].

تعريف الكفاءة:

الكفاءة لغة: المماثلة والمساواة[٢].

وفي الاصطلاح: يختلف تعريف الكفاءة في النكاح من مذهب إلى آخر:

عرفها الحنفية: "بأنها مساواة مخصوصة بين الرجل والمرأة"[٣].

وعرفها المالكية: "بأنها المماثلة والمقاربة في التدين والحال؛ أي السلامة من العيوب الموجبة للخيار"[٤].

وعرفها الشافعية: "بأنها أمر يوجب عدمه عاراً"[٥].

وعرفها الحنابلة: "بأنها المماثلة والمساواة في الدين والنسب والحرية والصناعة واليسار"[٦].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اختلف الأئمة الأربعة في تزويج الولي ابنته الصغيرة من غير الكفء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز لأحد من الأولياء تزويج الصغيرة بغير الكفء وإذا زوجها فالعقد باطل، وهذا قول المالكية[٧]، والأظهر عند الشافعية[٨]، ورواية عند الحنابلة[٩]،

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٠)، القواعد الفقهية لعزام (٢٦٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٩٦/١).

(٢) انظر: المصباح المنير (٥٣٧/٢)، القاموس المحيط (٢٦/١).

(٣) حاشية ابن عابدين (٢٠٦/٤).

(٤) مواهب الجليل (١٠٦/٥).

(٥) مغني المحتاج (١٦٤/٣).

(٦) شرح منتهى الإرادات (١٥٢/٥، ١٥٣).

(٧) انظر: مواهب الجليل (١٠٦/٥)، حاشية الدسوقي (٢٢٢/٢).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٤٢٨/٥)، مغني المحتاج (١٦٤/٣).

(٩) انظر: المغني (٤٠٠/٩)، كشاف القناع (١١٤/٥).

وقول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[١].

القول الثاني: أن للولي القريب (الأب والجد عند الحنفية، والأب فقط عند الحنابلة) تزويج الصغيرة بغير الكفء، وهذا قول أبي حنيفة[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣].

القول الثالث: القول بالتفصيل: إن كان الولي يعلم أنه غير كفء بطل العقد، وإن كان لا يعلم صح العقد ووجب الفسخ، وهذا قول عند الشافعية[٤]، وقول عند الحنابلة[٥].

دليل القول الأول:

١ – أن عقد الزواج من غير الكفء عقد لا حظ لها فيه فلم يصح كبيع الولي عقارها من غير غبطة[٦]، بل إن في تزويجها من غير الكفء ضرراً ظاهراً[٧].

أدلة القول الثاني:

١ – أن الأب لا يقدم إلا على ما فيه الصالح لابنته، فقد يكون رأى الولي أن هناك مصلحة تفوق كفاءة الرجل[٨].

٢ – أن عيب المعقود عليه لا يمنع من صحة العقد، كشراء المعيب الذي لا يعلم عيبه[٩].

أدلة القول الثالث:

١ – الدليل على بطلان العقد إذا كان الولي يعلم أن الزوج غير كفء: أن تزويج

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٤٥)، شرح فتح القدير (٣/٣٠٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٤٥)، شرح فتح القدير (٣/٣٠٤).

(٣) انظر: المغني (٩/٤٠١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٤٢٨).

(٥) انظر: المغني (٩/٤٠١)، كشاف القناع (٥/١١٤).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٣/١٦٥)، المغني (٩/٤٠١).

(٧) انظر: شرح فتح القدير (٣/٣٠٤).

(٨) انظر: المرجع السابق.

(٩) انظر: المغني (٩/٤٠١).

الولي إقدام على عقد ليس فيه مصلحة لها فلا يصح حيث إن ولاية الولي لمصلحتها، كما لو باع عقار محجوره بغير مصلحة[١].

٢ – الدليل على صحته إذا لم يعلم: القياس على ما لو اشترى لها معيباً لا يعلم عيبه[٢].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – هو النظر إلى صفات الكفاءة، فإن كانت الصفة المفقودة في الزوج صفة مهمة بحيث أن فقدها يضر بالمرأة في حياتها كالتدين مثلاً فإنه لا يصح العقد حيث إن الولاية لصالح المتولى عليها وتصرفه بالضرر مردود، وإن كانت الصفة لا يؤثر فقدها على مستقبل المرأة في الدنيا والآخرة، أو في الزوج من الصفات ما يعوض نقص هذه الصفة فإنه يصح العقد، لأن تصرف الولي نابع من الشفقة وقد قدم مصالح على مصلحة، ومن حق الولي تقديم بعض المصالح على بعضها فاعتبر صحته.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إن تصرفات الولي على ابنته منوطة بالمصلحة، فيملك الولي التصرفات النافعة، ولا يملك الضارة، وعند تزويج الولي للصغيرة يجب أن يكون لصالحها وهذا مقتضى قاعدة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة".

فإذا تقدم غير الكفء إلى الولي طالباً تزويجه ابنته الصغيرة فلا يجوز تزويجه لأن عقد الزواج من غير الكفء ليس فيه مصلحة لها في الظاهر بل ضرر، وإلى هذا ذهب الجمهور أصحاب القول الأول[٣]، وعلى هذا القول فإن المسألة فرع من فروع القاعدة.

---

(١) انظر: كشاف القناع (١١٤/٥).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: ص (٣٦٠).

وأما من قال بالجواز – وهذا قول أبي حنيفة ورواية عند الحنابلة –[١] فإن ذلك يعتبر استثناء من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزرقاء من قاعدة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" بناء على القول بجواز تزويج الأب أو الجد ابنته من غير الكفء[٢]. ومن قال بجواز التزويج من غير الكفء علل: بأن الأب غير متهم في تصرفه، وأنه إذا تنازل عن شرط من شروط الكفاءة فإنما لاعتبارات يراها تحقق المصلحة[٣]، وعلى هذا فإن في القول بالاستثناء نظراً؛ لأن تصرف الأب لا يكون إلا لمصلحة يراها تعوض كفاءة الرجل، ولذا جعلوه خاصاً بالأب أو الجد لوفرة الشفقة منهما وكمال نظرهما وحرصهما على مصلحة الصغيرة، وتصرفهما لا يخرج غالباً من دائرة المصلحة[٤].

* * *

(١) انظر: ص (٣٦١).

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية (٣١٠).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٣/٢٠٤).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٤٥)، المغني (٩/٤٠١).

الفصل الخامس

المستثنيات من قاعدة: "الحر لا يدخل تحت اليد"

وفيه تمهيد ومبحث واحد.

- التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الحر لا يدخل تحت اليد".

قاعدة: "الحر لا يدخل تحت اليد"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الحُر في اللغة: ما خلص من الاختلاط بغيره، والحر من الرجال خلاف العبد، وهو ما خلص من الرق وجمعه أحرار[٢]، والمراد: الإنسان الذي ليس برقيق[٣].

ومعنى لا يدخل تحت اليد: لا يكون مالاً يباع ويشترى أي لا يملك؛ لأن المملوك هو الذي يقع تحت اليد[٤].

المعنى الإجمالي:

"أن الحر إذا غصبه غاصب فلا يستولي عليه استيلاء الغصب ولا يضمن منافعه ولا يضمن ما معه بوضع اليد عليه، وعلى هذا فلا يضمن منافع الحر ضمان المغصوب بخلاف غاصب الدابة فإنه يضمن القيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف"[٥].

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – إذا غصب إنسان صبياً فمات في يده فجأة أو بمرض، لم يضمن ديته، ولكن

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٥٢/١)، المنثور (٢٨٩/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٧٧/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٥٨)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٦٣٩/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (١٤٣/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٠٩)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٠١/٥)، القواعد الفقهية لعزام (٢٧٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٠٩/٢).

(٢) انظر: المصباح المنير (١٢٨/١).

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٠١/٥).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) القواعد الفقهية لعزام (٢٧٩).

إذا نقله إلى مكان يغلب فيه الهلاك فمات فإن ديته على الغاصب[١].

٢ – إذا حبس حراً ولم يمنعه الطعام والشراب حتى مات حتف أنفه لم يضمنه[٢].

٣ – إذا طاوعته حرة على الزنا فلا مهر لها[٣].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٥٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٧٧).

(٣) انظر المرجع السابق وترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٦٤٠).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الحر لا يدخل تحت اليد"

وفيه مسألة واحدة:

وهي: لو كانت امرأة تحت رجل، وادعى آخر أنها زوجته.

مسألة: لو كانت امرأة تحت رجل، وادعى آخر أنها زوجته[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا ادعى شخص أن امرأة تحت يد آخر أنها زوجته، وأحضر بينة على ذلك، فأنكر المدعى عليه وأقام بينة على أن المرأة زوجته، فهل تقدم بينة الداخل لكون المرأة تحت يده؟

اختلف الأئمة الأربعة على قولين:

القول الأول: إذا أقام كل واحد منهما بينة، لم تقدم بينة من هي تحته، وإنما إن أمكن الترجيح بتاريخ قدمت البينة التي سبق تاريخها، وإذا لم يمكن الترجيح يفسخ نكاحهما معاً، وهذا قول المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

القول الثاني: إذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها فهو الأولى وتقدم بينته، وهذا قول الحنفية[٥]، وبعض المالكية[٦].

أدلة القول الأول:

١ – أن اليد لا تثبت على الحرة، ولذا لم تقدم بينة من هي تحته[٧].

٢ – أن احتمال صدق الرجلين بأنها زوجة لكل منهما: أوجب فسخ نكاحهما معاً[٨].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٥٨)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٦٤١/١).

(٢) انظر: حاشية الخرشي (٣٨٢/٤)، حاشية الدسوقي (٢٩٤/٢، ٢٩٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢٩٥/٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٧٨/١).

(٤) انظر: المغني (٣٠٢/١٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٠٣/٢٩).

(٥) انظر: المبسوط (١٥٦/٥)، شرح فتح القدير (٢٤٩/٨).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي (٢٩٥/٢).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٢٩٥/٨)، المغني (٣٠٢/١٤).

(٨) انظر: حاشية الخرشي (٣٨٢/٤).

دليل القول الثاني:

١ - أن وجود المرأة في بيت أحدهما دليل على سبق عقده[1]، والأصل في الحوادث أن يضاف حدوثها إلى أقرب الأوقات[2].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن تقام الدعوى على المرأة لا على الرجل - على قول عند الشافعية[3] - ولو أقام كل منهما بينة على امرأة لم تقدم بينة من هي تحته؛ لأن اليد لا تثبت على حرة، كما هو رأي الجمهور أصحاب القول الأول.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا كانت امرأة تحت رجل وادعى آخر أنها زوجته فهذه الدعوى تكون على الزوجة، لأنها لو كانت على الزوج الأول لدخل الحر تحت اليد[4].

وإذا أقام كل واحد من الرجلين بينة أنها زوجته لم تقدم بينة من هي تحته؛ لأننا لو رجحنا بينته لدخل الحر تحت اليد.

وأما قول الحنفية أن المرأة إذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فهو الأولى يدل على أن الحرة تدخل تحت يد الزوج فيقال: الحر لا يدخل تحت اليد إلا الزوجة فإنها في يد زوجها[5].

وعلى هذا القول فإن المسألة مستثناة من القاعدة، والذي يظهر أن المسألة ليست مندرجة تحت القاعدة، ولا مستثناة منها وإلى هذا ذهب الحموي بقوله: «إن المتبادر من كون الحر لا يدخل تحت اليد كونه لا يستولي عليه استيلاء الغصب والملك، وكون

---

(١) انظر: المبسوط (١٥٦/٥).

(٢) انظر: ترتيب اللآلي لناظرزاده (٦٤١/١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢٩٥/٨).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (٢٩٠/١).

(٥) انظر: ترتيب اللآلي لناظرزاده (٦٤١/١).

الزوجة في يد الزوج ليس من هذا القبيل، ومن ادعى أن الدخول تحت اليد المـــذكور في القاعدة أعم من الغصب والملك فعليه البيان»[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة مستثناة عند الحنفية باعتبار أن الزوجة في يد زوجها[٢]، وذلك دليـــل على سبق عقده فيكون الأولى؛ لقاعدة: "الأصل في الحوادث أن يـــضاف حـــدوثها إلى أقرب الأوقات"[٣].

وهذا القول مبني على أن الدخول تحت اليد أعم من الغصب والملك، وإلا فقصره على الغصب والملك لا يحتاج معه إلى الاستثناء[٤].

* * *

(١) غمز عيون البصائر (٣٩٠/١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٥٨).

(٣) انظر: ترتيب اللآلي لناظرزاده (٦٤١/١).

(٤) انظر: غمز عيون البصائر (٣٩٠/١).

الفصل السادس

المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع أمران من جنس واحـــد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً".

قاعدة: "إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً"(١)

التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

أمران: الأمر في اللغة مصدر أمر يأمر، وهو هنا بمعنى الشأن أو الشيء، ويأتي لعدة معان منها، أنه ضد النهي(٢).

والجنس في اللغة: الضرب من الشيء وهو أعم من النوع(٣).

وفي الاصطلاح: "لفظ يتناول كثيراً، ولا تتم ماهيته بفرد من هذا الكثير"(٤)، أو "الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها، والنوع: هو الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها"(٥).

المعنى الإجمالي:

إذا تعلق بذمة المكلف واجبان أو أكثر، أو لزمه حدان أو أكثر، وكانت هذه الواجبات أو الحدود ونحوها من جنس واحد، ومقصودها والمراد منها واحداً فإن أحدها يدخل في الآخر غالباً، فإن كانت رُتَبُها مختلفة دخل الأدنى منها في الأعلى وأغنى فعله عن فعل الأدنى، وإن كانت متساوية أغنى فعل أحدها عن غيره(٦).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٩٥/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٨١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٥٨)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (١٦١/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١١٢)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢١٨/١)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٩٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧١٣/٢).

(٢) تقدم تعريف الأمر، انظر: ص (٦٢).

(٣) انظر: الصحاح (٩١٥/٣)، المصباح المنير (١١١/١).

(٤) الكليات (٣٣٨).

(٥) كشاف القناع (٢٥٤/٣).

(٦) انظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، للعبداللطيف (٨٣/١).

وهذه القاعدة قُيدت بالأفعال التي تتداخل من جنس واحد، وكان مقصودهما واحداً.

فإذا زنا وسرق وشرب فلا تداخل لاختلاف الجنس، ولو شرب الخمر مراراً كفى حد واحد.

ولو تعدد السهو في الصلاة لم يتعدد السجود، بخلاف جبرانات الإحرام لا تتداخل، لأن القصد بسجود السهو رَغْم أنف الشيطان، وقد حصل بالسجدتين آخر الصلاة، والمقصود بجبرانات الإحرام: جبر هتك الحرمة، فلكل محظور جبر، فاختلف المقصود[١].

٢ – دليل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها: (يَسَعُكِ طوافك لحجك وعمرتك)[٢].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أقام أحد الطوافين مقام الآخر، وكذلك السعي، قال ابن قدامة: «لأنه ناسك يكفيه حلق واحد ورمي واحد فكفاه طواف واحد وسعي واحد، كالمفرد، ولأنهما عبادتان من جنس واحد، فإذا اجتمعتا دخلت أفعال الصغرى في الكبرى؛ كالطهارتين»[٣].

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – إذا اجتمع حدث أصغر وجنابة كفى الغسل الواحد[٤].

٢ – لو دخل المسجد وصلى الفرض أو الراتبة دخلت فيه صلاة تحية المسجد[٥].

---

(١) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١١٣).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب بيان وجوه الإحرام وأنه يجوز إفراد الحج والتمتع والقران وجواز إدخال الحج على العمرة، رقم (١٢١١).

(٣) المغني (٥/٣٤٨).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٨١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٥٩).

٣ – إذا دخل الحرم محرماً، بحج فرض أو عمرة دخل فيه الإحرام لدخول مكة[1].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٨١).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً"

وفيه مسألة واحدة:

وهي: الجناية إذا تعددت على واحد بقطع عضوه ثم قتله.

مسألة: الجناية إذا تعددت على واحد بقطع عضوه ثم قتله[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا ارتكب الجاني جناية على شخص بقطع عضوه ثم قتله واختار الولي القصاص، فهل يتداخل القصاص في العضو مع القصاص في النفس أم لا؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يستوفى من الجاني الطرف ثم النفس سواء كان القتل بعد البرء أو قبله، وهذا قول أبي حنيفة[٢]، والشافعية[٣]، وقول للحنابلة[٤].

القول الثاني: إن حصل إزهاق النفس بعد البرء يستوفى من الجاني الطرف ثم النفس، وإن حصل قبل البرء يستوفى من الجاني في النفس فقط، وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[٥]، وقول للحنابلة[٦].

القول الثالث: إن الجناية على الطرف تدخل على النفس إلا إذا قصد المثلة فلا تتداخل، وهذا قول المالكية[٧].

أدلة القول الأول:

١ – قال الله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ﴾[٨].

٢ – قال الله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[٩].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٦١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٣/٧)، نتائج الأفكار على الهداية (٢٤٩/١٠).

(٣) انظر: المجموع (٣١١/١٧)، مغني المحتاج (٥٢/٤).

(٤) انظر: المغني (٥٠٨/١١)، الكافي لابن قدامة (١٦٢/٥).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٣/٧)، نتائج الأفكار على الهداية (٢٤٩/١٠).

(٦) انظر: المغني (٥٠٨/١١)، الكافي لابن قدامة (١٦٣/٥).

(٧) انظر: المدونة الكبرى (٤٣٣/٦)، مواهب الجليل (٣٣٠/٨).

(٨) سورة النحل، الآية (١٢٦).

(٩) سورة البقرة، الآية (١٩٤).

وجه الاستدلال: أن الله عز وجل أمر بمعاقبة المعتدي بمثل ما اعتدى به، ولا يحصل ذلك إلا بالاستيفاء من الجاني في الطرف ثم النفس.

٣ – أن القصاص موضوع على المماثلة، ولفظه مشعر به، فوجب أن يستوفى منه مثل ما فعل كما لو ضرب العنق شخص آخر غيره[١].

٤ – أن القطع والقتل جنايتان مستقلتان يثبت القصاص في كل واحدة منهما عند الانفراد، فكذلك عند الاجتماع[٢].

دليل القول الثاني:

أن الجناية على النفس قبل برء الجناية على الطرف تجعل الجنايتين في حكم الجناية الواحدة، ولهذا لو عدل إلى الدية لم تجب إلا دية واحدة، والقصاص أحد بدَلَي النفس، فدخل الطرف في حكم الجملة؛ كالدية[٣].

أدلة القول الثالث:

١ – أن القتل تعطيل للأطراف والمنافع كلها، فلا حاجة معه إلى قطع الطرف[٤].

٢ – أن الأصغر يندرج في الأكبر[٥].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول القائل بعدم التداخل في القصاص بين الطرف والنفس؛ لأن القصاص يتضمن معنى المساواة والتشفي، وحصول هذه المعاني بقطع الطرف أولاً، ثم إزهاق الروح، أظهر من حصولها بمجرد القتل فقط.

---

(١) انظر: المغني (١١/٥٠٩).

(٢) انظر: المجموع (١٧/٣١١)، الكافي لابن قدامة (٥/١٦٣).

(٣) انظر: نتائج الأفكار على الهداية (١٠/ ٢٤٩)، المغني (١١/٥٠٨)، الكافي لابن قدامة (٥/١٦٣).

(٤) انظر: حاشية الخرشي (٨/١٨٨).

(٥) انظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٥٨).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا قطع الجاني يد رجل أو عضو من أعضائه ثم قتله، فإنه على القول بالتداخل في القصاص – وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية وقول عند الحنابلة – المسألة متفرعة عن القاعدة، لأنه اجتمعت جنايتان من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما فتدخل إحداهما في الأخرى.

وممن قال بالتداخل المالكية إلا أنهم أدرجوا هذه المسألة تحت قاعدة: "الأصغر هل يندرج في الأكبر، أو لا؟"[(١)].

وذكروا من فروعها: "من لزمه قصاص في الأطراف كيد أو رجل، ثم لزمه قصاص في النفس، فإن الأطراف تندرج في النفس ولا يقتص منه في الأطراف"[(٢)].

وفي الحقيقة أن المسألة ليست مندرجة تحت قاعدة: "إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً"؛ لأن الجنايتين مختلفتان جنساً ومقصوداً، فإن الجناية على الطرف متقدمة على الجناية على النفس وليست مماثلة لها، ثم إن المقصود من القصاص المساواة والتشفي، فوجب أن يستوفى من الجاني في الطرف ثم في النفس.

ومع أن القول بالتداخل مرجوح إلا أن إدراج المسألة تحت قاعدة: "الأصغر هل يندرج في الأكبر، أو لا؟"، أولى من إدراجها تحت قاعدة: "إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً".

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة ذكرها ابن نجيم[(٣)]، بناء على قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن بأن الجناية على النفس قبل برء الجناية على الطرف تجعل الجنايتين في حكم الجناية الواحدة

---

(١) انظر: إيضاح المسالك (٦٨)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٥٨).

(٢) تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٥٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٦١).

ويستوفى من الجاني في النفس فقط، والسبب القياس على الدية؛ لأنه لو عدل إلى الدية لم تجب إلا دية واحدة[1].

والقول بالاستثناء فيه نظر لعدم اندراج المسألة تحت القاعدة لاختلاف جنسهما ومقصودهما.

* * *

---

(١) انظر: المغني (١١/٥٠٨).

الفصل السابع

المستثنيات من قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله".

قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها ودليلها وتطبيقاتها.

١ – معنى القاعدة:

تعريف الإعمال في اللغة: من عَمِلْتُهُ أَعْمَلُهُ عَمَلاً صَنَعْتُهُ، وأعملت الكلام استعملته فيما أعد له[٢].

وإعمال الكلام في القاعدة: إعطاؤه حكماً مفيداً حسب مقتضاه اللغوي[٣].

والكلام في اللغة: اسم من كَلَّمْتُهُ تكليماً، والكلام في أصل اللغة عبارة عن أصوات متتابعة لمعنى مفهوم[٤].

وفي الاصطلاح: "ما تضمن كلمتين بالإسناد"[٥] أي تركب من مسند ومسند إليه.

والأولى في اللغة: من وَلِي، فيقال: فلان أَوْلَى بكذا أي أحق به[٦].

والإهمال في اللغة: الترك ومنه الكلام المهمل، وهو خلاف المستعمل[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٧١)، المنثور في القواعد (١/٩١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٨٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٦١)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٣٤٨)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/١٦٤)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٦٠)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٥٣)، شرح المجلة للأتاسي (١/١٥١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٥)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١١٥)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣١٤)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٢٠)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٦٩)، القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله لهرموش (٤٩).

(٢) انظر: المصباح المنير (٢/٤٣٠)، القاموس المحيط (٤/٢١).

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقاء (٢/١٠٠١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣١٥).

(٤) انظر: المصباح المنير (٢/٥٣٨).

(٥) التعريفات للجرجاني (٢٣٦).

(٦) انظر: المصباح المنير (٢/٦٧٣).

(٧) انظر: المرجع السابق (٢/٦٤١).

والمراد بإهمال الكلام في القاعدة: عدم ترتب ثمرة عملية بإلغاء مقتضاه ومضمونه[١].

المعنى الإجمالي:

"أن العاقل يصان كلامه من الإلغاء ما أمكن، بأن ينظر إلى الوجه المقتضي لتصحيح كلامه، فيرجح، سواء كان بالحمل على المجاز أو بغيره، إلا عند عدم الإمكان، فيلغى"[٢]، فلا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي له أو معنى مجازي؛ لأن الإهمال اعتباره لغواً وعبثاً، والعقل والدين يمنعان المرء من أن يتكلم بما لا فائدة فيه[٣].

٢ – شروط القاعدة:

الشروط الواجبة لإعمال الكلام تنقسم إلى قسمين منها ما يعود إلى الكلام نفسه ومنها ما يعود إلى المتكلم:

الشروط التي تعود إلى الكلام:

١ – أن لا يتعذر إعمال الكلام بأحد أنواع التعذر الثلاثة العادي، أو العقلي، أو الشرعي.

فالتعذر العادي: كمن حلف أن لا يأكل من هذا القِدْر فإنه محال في العادة، فيحمل على المجاز، وهو الأكل مما في القِدْر.

والتعذر العقلي: كأن يقول لمن هو أكبر منه سناً أنت ابني.

والتعذر الشرعي: كأن يقول لأجنبية: إن نكحتك بألف دينار فلك شقة خاصة، فإنه يحمل على المعنى المجازي وهو العقد دون الوطء لحرمة وطء الأجنبية[٤].

٢ – أن لا يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين لا يتضح مراده منهما، كقوله أوصيت

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣١٥).

(٢) شرح المجلة للأتاسي (١/١٥١).

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٥٣).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٨١).

إلى مولاي، والمولى يطلق على السيد وعلى العبد وتصح الوصية من الاثنين.

وأما الشروط التي تعود إلى المتكلم:

١ – البلوغ، فالصبي الذي لا يعقل ولا يفهم معناه لا يصحح كلامه.

٢ – العقل، فالمجنون جميع التزاماته لاغية لأنه ليس من أهل التكليف.

٣ – الاختيار، فالإكراه سالب للاختيار، فالمكره لا ينفذ كلامه ولا يعمل به عند جمهور الفقهاء[١].

٣ – أدلة القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة بعمومات كثيرة من الكتاب والسنة بالإضافة إلى المعقول:

١ – قال الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ ﴾[٢].

٢ – قال الله تعالى: ﴿ وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ ﴾[٣].

وجه الاستدلال من الآيتين: أن اللغو هو الكلام الخالي عن الفائدة فينبغي أن يصان كلام العاقل عنه[٤].

٣ – حديث معاذ بن جبل ﷺ أن النبي ﷺ قال له: (كف عليك هذا) قال معاذ: يا رسول الله أئنا لمؤاخذون بما نتكلم به؟ فقال: (ثكلتك أمك وهل يكب الناس على وجوههم في النار أو قال على مناخرهم إلا حصائد ألسنتهم)[٥].

---

(١) انظر: القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله لهرموش (٥٤ – ٦١).

(٢) سورة المؤمنون، آية (٣).

(٣) سورة القصص، آية (٥٥).

(٤) انظر: القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله لهرموش (٥٢).

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب الإيمان، باب ما جاء في حرمة الصلاة، رقم (٢٦١٦)، والنسائي في السنن الكبرى، في كتاب التفسير، باب قول الله تعالى: ﴿تَتَجَافَىٰ جُنُوبُهُمْ عَنِ الْمَضَاجِعِ﴾ رقم (١١٣٣٠)، وابن ماجه في كتاب الفتن، باب كف اللسان في الفتنة رقم (٣٩٧٣)، وقال الترمذي: «حسن صحيح»، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي، رقم (٢٦١٦).

وجه الاستدلال: أن المسلم مؤاخذ بكل ما يتكلم به؛ لأن — ما — من صيغ العموم فشمل كل كلام، فكلام العقلاء يجب أن تترتب عليه جميع آثاره الشرعية، وكذلك فإن المؤاخذة الواردة في الحديث عامة تشمل جميع تصرفات المكلف القولية الممنوعة[١].

٤ — أن الكلام الصادر عن العقلاء إذا كان حمله على معنى لا يترتب عليه حكم، وحمله على معنى آخر يترتب عليه حكم فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد، لأن خلاف ذلك إهمال له وإلغاء، وإن كلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن[٢].

٤ — تطبيقات القاعدة:

١ — لو وقف على أولاده، وليس له إلا أولاد أولاد، حمل عليهم[٣].

٢ — لو حلف شخص أن لا يأكل من هذه النخلة فأكل من ثمرها فإنه يحنث لأن النخلة لا يتأتى أكل عينها فحمل على ما تولد منها[٤].

٣ — لو قال لزوجته: إن دخلت الدار أنت طالق، بحذف الفاء، فإن الطلاق لا يقع قبل الدخول، صوناً للفظ عن الإهمال[٥].

* * *

---

(١) انظر: القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله لهرموش (٥٣).

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقاء (١٠٠١/٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٧٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٨٦/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٦٣).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٨٣).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٨٦/١).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"

وفيه مسألة واحدة:

وهي: إذا قال الزوج لزوجته: هذه ابنتي، فهذا لغو.

مسألة: إذا قال الزوج لزوجته: هذه ابنتي فهذا لغو[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا قال الرجل لزوجته هذه ابنتي فإن الأئمة الأربعة متفقون على أنه لا تقع الفرقة إذا لم يكن له نية، وإنما يكره هذا القول[٢].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

١ – حديث أبي تميمة الهجيمي[٣]، أن رجلاً قال لامرأته: يا أخيه، فقال رسول الله ﷺ: (أختك هي!) فكره ذلك، ونهى عنه[٤].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يفرق بينهما بهذا القول، فدل على أن القول به لا يوجب الفرقة، ونهي النبي ﷺ فيه دلالة على كراهيته.

٢ – حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (إن إبراهيم عليه السلام قدم أرض جبار فسأله الجبار عن سارة، فقال: إنها أختي)[٥]، و لم يعد ذلك ظهاراً[٦].

٣ – أن هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار ولا نواه وإنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة[٧].

---

(١) انظر: القواعد الفقهية للدعاس (٤٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٣٦٦/١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥٢/٤)، البحر الرائق (٢٤٣/٤)، حاشية الخرشي (٤٨٩/٤)، حاشية الدسوقي (٣٤١/٢)، روضة الطالبين (٣٤/٦)، مغني المحتاج (٢٨٢/٣)، المغني (٦٦/١١)، شرح منتهى الإرادات (٩/٥).

(٣) أبو تميمة طريف بن مجالد الهجيمي، البصري، تابعي روى عن أبي هريرة وأبي موسى، توفي سنة ٩٧هـ. انظر: الوافي بالوفيات (٤٣٤/١٦)، تهذيب التهذيب (١٢/٥).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق، باب في الرجل يقول لامرأته: يا أختي، رقم (٢٢١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الخلع والطلاق، باب ما يكره من قول الرجل لامرأته يا أختي (٣٦٦/٧)، وضعفه الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود، رقم (٢٢١٠).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب أحاديث الأنبياء، باب قول الله تعالى: ﴿وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا﴾ رقم (٣٣٥٨)، ومسلم في كتاب الفضائل، باب من فضائل إبراهيم عليه السلام، رقم (٢٣٧١).

(٦) انظر: المغني (٦٦/١١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٣٤/٦)، المغني (٦٦/١١).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إعمال الكلام بما يمكن إعماله بحمله على معنى أولى من إهماله؛ لأن المهمل لغو، وكلام العاقل يصان عنه، فيجب حمله ما أمكن على أقرب وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة وإلا فمجاز، وإذا قال الرجل لزوجته هذه ابنتي فإنه لا يصح إرادة الحقيقة لثبوت نسبها من الغير، ولا تصح أيضاً مجازاً عن الطلاق المُحَرِّم؛ لأن الحرمة فيه تقتضي ثبوت النكاح ومحليته، وبينها وبين الحرمة الثابتة بالبنتية منافاة، لأن الحرمة بالبنتية مؤبدة ومنافية للنكاح[1].

وإذا تعذر حمله فهو لغو لأن محل القاعدة: "إذا استوى الإعمال والإهمال بالنسبة في الكلام أو تقارباً... أما إذا بعد عن اللفظ وصار بالنسبة إليه كاللغز فما الإعمال راجحاً"[2]، وعلى هذا فإن المسألة ليست داخلة تحت قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله".

أما من أورد القاعدة بلفظ: "إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن، وإذا لم يمكن أهمل"[3]، أو عند من قيدها بقاعدة: "إذا تعذر إعمال الكلام يهمل"[4]، فإنها مندرجة تحت القاعدة وليست مستثناة منها.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

تبين من خلال المقصد السابق أن هذه المسألة ليست مندرجة تحت قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"؛ لأنها في غير محل القاعدة، أو أنها فرع من فروع قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن، وإذا لم يمكن أهمل"، وقد تعذر إعمال قول الزوج: "هذه ابنتي"؛ لأنه ليس بصريح في الظهار ولا نواه، ولا يصح إرادة الحقيقة منه لثبوت نسبها من الغير، وعلى هذا فإن المسألة ليست مستثناة من القاعدة.

---

(١) انظر: شرح المجلة للأتاسي (١/١٥٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٧١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٦١)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٣٤٨).

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة (٦٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٥٤)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٩).

الفصل الثامن

المستثنيات من قاعدة: "الخراج بالضمان"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها ودليلها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الخراج بالضمان".

قاعدة: "الخراج بالضمان"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها ودليلها وتطبيقاتها.

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الخراج في اللغة: من خرج يخرج خروجاً، والخُراج النفاذ بالجسد، والخَرَاج والخَرْج: الإتاوة؛ لأنه مال يخرجه المعطي من ماله في السنة بقدر معلوم[٢].

وفي الاصطلاح: "ما يحصل من غلة العين المبتاعة"[٣]، ككسب العبد، وسكن الدار، وأجرة الدابة.

الضمان في اللغة: من ضَمَّنته المال ألزمته إياه، وأصله في اللغة جعل الشيء في شيء يحويه[٤].

وفي الاصطلاح: يطلق على أحد معنيين:

الأول: "الكفالة وهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً"[٥].

والثاني: "رد مثل الهالك إذا كان مثلياً، أو قيمته إذا كان قيمياً (أي لا مثل

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١/٣٣٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٧٦)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور (٥١٩)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٦٨٠)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/١٦٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٧٨)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٤٠)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٢٩)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة للغرياني (٧٧)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١١٧)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٤٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٦٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣١١).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٢/١٧٥)، لسان العرب (٢/٢٥١).

(٣) النهاية في غريب الحديث (٢/١٩).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (٣/٣٧٢)، المصباح المنير (٢/٣٦٤).

(٥) حاشية ابن عابدين (٧/٥٥٣).

له)"[1].

والمعنى الثاني للضمان هو المراد في هذه القاعدة.

المعنى الإجمالي:

"أن من يضمن شيئاً لو تلف فإنه ينتفع به في مقابلة الضمان"[2].

فالمشتري الذي له الحق في رد المبيع إلى البائع وأخذ الثمن بعيب لم يبينه البائع، يستحق غلة المبيع قبل الرد ولا يجب عليه ردها إلى البائع، لأنها تجعل في مقابلة الضمان عليه فيما لو هلك المبيع وهو في يده.

فموضوع القاعدة: هو الخراج أو غلة العين المملوكة أو الزيادة الحاصلة في العين.

وحكمها: هو أن غلة العين تملك لمن وجب عليه الضمان[3].

٢ – شروط القاعدة:

يشترط لملك غلة العين لمن وجب عليه الضمان ثلاثة شروط[4]:

١ – أن تكون الغلة منفصلة عن الأصل سواء كانت متولدة عنه أو غير متولدة، أما إذا كانت الزيادة متصلة فلا تدخل في ملك المشتري إذا رد المبيع بالعيب: كالسِّمَنِ والكِبَر، لأنها نماء وليست بخراج.

٢ – أن تكون الغلة حاصلة عن عين مملوكة ملكاً شرعياً؛ كالملك عن طريق البيع ولو في مدة خيار العيب أو مدة خيار الشرط، فيكون الخراج لمن بيده العين، أما إذا كانت الغلة حاصلة من عين غير مملوكة بطريقة شرعية؛ كغلة

---

(١) غمز عيون البصائر (٤/٧).

(٢) شرح مجلة الأحكام للأتاسي (١/٢٤٠).

(٣) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣١٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٦)، بداية المجتهد (٢/٥١٩)، مغني المحتاج (٢/٦٢)، كشاف القناع (٣/٢٠٨)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣١٤).

المغصوب والمسروق فلا يستحقها من وقعت تحت يده[1].

٣ – أن تكون الغلة حاصلة بعد وقوع سبب الملك؛ كعقد البيع، أما إذا كانت قبل ذلك فلا يستحقها من وقعت تحت يده؛ مثل لبن المصراة[2]، فهو موجود في الشاة أو الناقة قبل البيع فيضمنه المشتري ويرد بدله صاعاً من تمر.

٣ – دليل القاعدة:

هذه القاعدة هي نص حديث نبوي، روته عائشة رضي الله عنها: أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: (الخراج بالضمان)[3].

٤ – تطبيقات القاعدة:

١ – لو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة، لا يلزمه أجرة تلك المدة؛ لأنه لو تلف في يده كان عليه ضمان مثله أو قيمته[4].

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٤٠١/٢٩)، المنثور في القواعد (٣٣٨/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٦/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٧٧).

(٢) المصراة: الناقة أو البقرة أو الشاة يجمع ويحبس اللبن في ضرعها، وهذا من التدليس. انظر: النهاية في غريب الحديث (٢٧/٣).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب من اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، رقم (٣٥٠٨)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن اشترى العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، رقم (١٢٨٦)، والنسائي في كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، رقم (٤٤٩٠)، وابن ماجه في كتاب التجارات باب الخراج بالضمان، رقم (٢٢٤٢)، وأحمد رقم (٢٤٢٢٤)، وصححه الترمذي والحاكم (٣٠٨/٢)، وابن القطان فيما نقله عنه الحافظ في التلخيص (٥١/٣)، وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم (١٣١٥).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣١٥).

٢ – أن ما يحدث من المبيع من ثمرة وغيرها فإنها للمشتري، لأنه هو المتحمل تبعة الهلاك فيما لو هلكت"[١].

٣ – غلة الرهن للراهن، لأن الضمان عليه[٢].

* * *

(١) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١١٨).

(٢) انظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٤٤١).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الخراج بالضمان"

وفيه مسألة واحدة:

وهي: ضمان الغاصب الغلة المتولدة من الشيء المغصوب إذا كانت علـــى هيئتـــه وصورته.

* * *

مسألة: ضمان الغاصب الغلة المتولدة من الشيء المغصوب إذا كانت على هيئته وصورته[١].

تعريف الغصب:

الغصب في اللغة: أخذ الشيء ظلماً، وغصب الشيء يغصبه غصباً، واغتصبه فهو غاصب، وغَصبه على الشيء قهره وغصبه منه[٢].

وفي الاصطلاح: "الاستيلاء على حق غيره قهراً بغير حق"[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا غصب إنسان دابة غيره فولدت عنده ثم هلك هذا الولد في يد الغاصب، فهل يضمنه الغاصب أو لا؟

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة أن زوائد المغصوب المنفصلة كالولد يجب ردها إذا وجدت[٤].

واختلفوا في ضمانها إذا هلكت في يده على قولين:

القول الأول: أن زوائد المغصوب المنفصلة تضمن متى تلف شيء منها في يد الغاصب، وهذا قول عند المالكية[٥]، وقول الشافعية[٦]، والحنابلة[٧]، ومحمد بن الحسن من الحنفية[٨].

---

(١) انظر: شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور (٥١٩)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٤٤١)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٧٦/١).

(٢) انظر: الصحاح (١٩٤/١)، القاموس المحيط (١١١/١).

(٣) الروض المربع (٣٥٠/٢، ٣٥١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٥٨/٧)، المدونة الكبرى (٣٥٥/١٤)، روضة الطالبين (١١٨/٤)، المغني (٣٨٤/٧).

(٥) انظر: النوادر والزيادات (٣٤٣/١٠)، بداية المجتهد (٥١٩/٢).

(٦) انظر: المهذب (٣٧٧/١)، روضة الطالبين (١١٨/٤).

(٧) انظر: المغني (٣٨٤/٧)، كشاف القناع (٨٨/٤).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (١٤٣/٧).

القول الثاني: أن الزوائد المنفصلة لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وهذا قول الحنفية[١]، وقول للمالكية[٢].

دليل القول الأول:

١ – أن الزوائد مال للمغصوب منه، حصل في يد الغاصب بالغصب، فيضمنه بالتلف، كالأصل[٣].

دليل القول الثاني:

١ – أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأنه بإمساك الأصل تسبب في إثبات يده على هذه الزوائد، وإثبات يده على الأصل محظور.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إن منفعة الشيء أو غلته يستحقها من يكون هلاك ذلك الشيء على ضمانه وحسابه، ولما كان المال المغصوب في ضمان الغاصب، كان من الواجب أن تكون زوائد المغصوب ملكاً له ما دام الانتفاع بالشيء مقابل ضمانه، لأن الخراج بالضمان[٥].

وحيث إن من شروط القاعدة: أن تكون الغلة حاصلة عن عين مملوكة ملكاً

---

(١) انظر: العناية على الهداية (٣٤٨/٩)، حاشية ابن عابدين (٢٩٦/٩).

(٢) انظر: المدونة الكبرى (٣٤٦/١٤)، الذخيرة (٢٨٣/٨).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٥١٩/٢)، روضة الطالبين (١١٨/٤)، المغني (٣٨٤/٧).

(٤) انظر: العناية على الهداية (٣٤٨/٩)، الذخيرة (٢٨٣/٨)

(٥) انظر: العناية على الهداية (٣٤٨/٩)، حاشية الدسوقي (٣٩٧/٣)، روضة الطالبين (٩٤/٤)، المغني (٤٠٠/٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٧٨/١).

شرعياً، فإن الغلة الحاصلة من عين غير مملوكة بطريقة شرعية كغلة المغصوب لا يستحقها من وقعت تحت يده[1].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «الضمان بالخراج... إنما هو فيما اتفق ملكاً ويداً، وأما إذا كان الملك لشخص واليد لآخر فقد يكون الخراج للمالك والضمان على القابض»[2].

فالمسألة غير مندرجة تحت القاعدة "لأن النبي ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك، وجعل الخراج لمن هو مالكه"[3][4]، والغاصب لا يملك المغصوب، وأما تضمين الغاصب فلأنه تسبب في ذلك بفعل محظور وهو وضع يده على المغصوب بدون حق.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة ذكرها بعض المالكية مستثناة من القاعدة[5]، باعتبار أن الغاصب يضمن الغلة المتولدة من الشيء المغصوب إذا كان على هيئته وصورته، قياساً على ضمان الأصل المتولدة منه الغلة، فالسبب هو القياس[6].

* * *

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٣٣٨/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٦/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٧٧)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٦٨٦/١).

(٢) مجموع الفتاوى (٤٠١/٢٩).

(٣) تقدم تخريجه ص (٣٩١).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٦/١).

(٥) انظر: شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور (٥١٩).

(٦) انظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٤٤١).

الفصل التاسع

المستثنيات من قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب"

وفيه تمهيد ومبحث واحد.

- التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب".

قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الخلاف في اللغة: من خالفته مخالفة وخلافاً، وتخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر، وهو ضد الاتفاق[٢].

وفي الاصطلاح: "منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو لإبطال باطل"[٣].

المعنى الإجمالي:

المقصود من الخلاف هو الواقع بين المذاهب الفقهية، ومراعاته بترك قول المذهب، والأخذ بالمذهب الآخر، فإنه يستحب ويندب[٤].

٢ – شروط القاعدة:

يشترط لاستحباب الخروج من الخلاف ثلاثة شروط:

١ – أن لا تؤدي مراعاة الخلاف إلى مخالفة سنة ثابتة أو اقتحام أمر مكروه.

٢ – أن يكون دليل المخالف قوياً، فإن كان واهياً، لم يلتفت إليه.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١١)، المنثور (١/٣٤٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٦)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/١٧٣)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١١٩)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٨٤)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/٢٧٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧١٨).

(٢) انظر: المصباح المنير (١/١٧٩).

(٣) التعريفات للجرجاني (١٣٥).

(٤) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧١٨).

٣ – أن لا توقع مراعاته في خلاف آخر[1].

٣ – أدلة القاعدة:

١ – قوله تعالى: ﴿فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ﴾[2]. دليل على ندب الجمع بين أقوال المجتهدين من حيث هو جمع، والأصل التشريع وعدم الخصوصية بالنبي ﷺ بل هو عام له ولأمته، وحديث: (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين والأئمة المهديين عضوا عليها بالنواجذ)[3] دليل لهذه أيضاً[4].

٢ – الاحتياط: فإن الخروج من الخلاف لعموم الاحتياط والاستبراء للدين وهو مطلوب شرعاً مطلقاً؛ فكان القول بأن الخروج أفضل ثابت من حيث العموم، واعتماده من الورع المطلوب شرعاً، ذكر ذلك ابن السبكي والسيوطي[5].

٤ – تطبيقات القاعدة:

١ – استحباب الدلك في الطهارة، واستيعاب الرأس بالمسح، وغسل المني بالماء، والترتيب في قضاء الصلوات خروجاً من خلاف من أوجب ذلك[6].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٨)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١١٩)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٨٤).

(٢) سورة الأنعام، الآية (٩٠).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب السنة، باب في لزوم السنة رقم (٤٦٠٧)، والترمذي في كتاب العلم، باب ما جاء في الأخذ بالسنة واجتناب البدع، رقم (٢٦٧٦)، وابن ماجه في كتاب المقدمة، باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين، رقم (٤٢)، وأحمد رقم (١٧١٤٤)، والحاكم في كتاب العلم، باب كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة، رقم (٣٣٩)، وقال الترمذي: «حسن صحيح»، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي، رقم (٢٦٧٦).

(٤) المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/١٧٢، ١٧٣).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٩).

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين (١/٢٤٦)، مواهب الجليل (١/٣١٥)، الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (١/١٩٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١١٩)، المغني (١/١٧٥).

٢ - كراهية صلاة المنفرد خلف الصف، خروجاً من خلاف من أبطلها[1].

٣ - يندب الإتيان بالمضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة باعتبار وجوبهما عند الحنفية والحنابلة[2].

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٥٩/١)، مواهب الجليل (٤٤٦/٢)، المجموع (١٨٩/٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٦/١)، المغني (٨٩/٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣٤/١)، الشرح الكبير لابن قدامة (٣٢٦/١)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٨٥).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب"

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: رفع اليدين في الصلاة.

المسألة الثانية: الفصل في الوتر أفضل من وصله.

المسألة الثالثة: الصوم في السفر أفضل من الفطر لمن لم يتضرر به.

المسألة الأولى: رفع اليدين في الصلاة[١].

هذه المسألة ذكرها السيوطي عند ذكر الشرط الثاني من شروط مراعاة الخلاف فقال: «الثاني: أن لا يخالف سنة ثابتة؛ ومن ثم سن رفع اليدين في الصلاة و لم يبال برأي من قال بإبطاله الصلاة من الحنفية[٢]، لأنه ثابت عن النبي ﷺ من رواية نحو خمسين صحابياً»[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل التراع:

اتفق الأئمة الأربعة على أنه يسن للمصلي أن يرفع يديه عند تكبيرة الإحرام[٤]، لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: (أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه حذو منكبيه إذا افتتح الصلاة)[٥].

وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك فقال: «وأجمعوا على أن النبي ﷺ كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة»[٦].

واختلف الأئمة الأربعة في مشروعية رفع اليدين عند الركوع والرفع منه، وعند

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٨/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (١٧٩/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٢٠/٢).

(٢) "لم ينقل البطلان عن الإمام أبي حنيفة إلا مكحول النسفي من أصحابه رواية في كتاب الشعاع و لم يتابعه على نقلها أحد من أصحابه ولا أودعوها مصنفاتهم إلا القليل منهم عن مكحول عنه، و لم ينقلها عن الإمام غيره... لكنه لم يثبت عنده أنه سنة". (إيضاح أقوى المذهبين في مسألة رفع اليدين لأبي حفص عمر البارين الشافعي ٧٠ – ٧١).

(٣) الأشباه والنظائر (٢٩٨/١).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (١٢٠/١)، الكافي لابن عبد البر (٢٠٦/١)، المجموع (٣٣٦/٣)، كشاف القناع (٣٩١/١).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب رفع اليدين في التكبيرة الأولى مع الافتتاح سواء، رقم (٧٣٥)، ومسلم في كتاب الصلاة، باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين مع تكبيرة الإحرام والركوع وفي الرفع من الركوع، رقم (٣٩٠).

(٦) الإجماع (٨).

القيام من التشهد الأول للركعة الثالثة على قولين:

القول الأول: يسن رفع اليدين عند الركوع والرفع منه وعند القيام من التشهد الأول للركعة الثالثة، وهذا قول الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، ورواية عن مالك عند الركوع والرفع منه[٣].

القول الثاني: عدم مشروعية رفع اليدين إلا عند تكبير الإحرام، وهذا قول الحنفية[٤]، ورواية عند المالكية[٥]، وعند الحنابلة رواية وهي المذهب في عدم الرفع عند القيام من التشهد للركعة الثالثة[٦].

أدلة القول الأول:

١ – حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: (أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه حذو منكبيه، إذا افتتح الصلاة، وإذا كبر للركوع، وإذا رفع رأسه من الركوع)[٧].

٢ – أن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا دخل في الصلاة كبر ورفع يديه، وإذا ركع رفع يديه، وإذا قال: سمع الله لمن حمده رفع يديه، وإذا قام من الركعتين رفع يديه، ورفع ذلك ابن عمر إلى النبي ﷺ[٨].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث البراء بن عازب[٩] رضي الله عنه قال: (رأيت رسول الله ﷺ يرفع يديه حين

---

(١) انظر: المجموع (٣/٣٣٦)، مغني المحتاج (١/١٦٤).

(٢) انظر: المبدع (١/٤٤٦)، كشاف القناع (١/٣٩١).

(٣) انظر: التمهيد لابن عبد البر (٩/٢١٣)، مواهب الجليل (٢/٢٣٩).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (١/٣٠٩)، تبيين الحقائق (١/١٢٠).

(٥) انظر: التمهيد لابن عبد البر (٩/٢١٢)، مواهب الجليل (٢/٢٣٩).

(٦) انظر: الفروع (٢/٢١١)، الإنصاف (٣/٥٧٨).

(٧) تقدم تخريجه ص (٤٠٢).

(٨) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب رفع اليدين إذا قام من الركعتين، رقم (٧٣٩).

(٩) أبو عمارة البراء بن عازب بن عدي بن جشم الأنصاري الألوسي، أسلم صغيراً وغزا مع النبي ﷺ خمس عشرة غزوة أولها الخندق، جعله عثمان أميراً على الري بفارس، توفي سنة ٧١هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣/١٩٤)، الإصابة في تمييز الصحابة (١/١٤٧).

افتتح الصلاة، ثم لم يرفعها حتى انصرف)[١].

٢ – حديث جابر بن سمرة[٢] ﷺ قال: خرج علينا رسول الله ﷺ فقال: (ما لي أراكم رافعي أيديكم كأنها أذناب خيل شمس[٣]، اسكنوا في الصلاة)[٤].

٣ – ورد عن عبد الله بن مسعود ﷺ أنه قال: (ألا أصلي بكم صلاة النبي ﷺ، فصلى ولم يرفع يديه إلا في أول مرة)[٥].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول وأن الرفع مسنون في الأربعة مواضع لثبوت ذلك في الأحاديث الصحيحة، قال السيوطي: «الرفع ثابت عن النبي ﷺ من رواية خمسين صحابياً»[٦].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

رفع اليدين عند الركوع والرفع منه سنة عند الشافعية والحنابلة ورواية عند المالكية،

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب من لم يذكر الرفع عند الركوع، رقم (٧٥٢)، قال أبو داود: «هذا الحديث ليس بصحيح».

(٢) أبو عبد الله جابر بن سمرة بن جنادة بن جندب بن حجير العامري السوائي، له ولأبيه صحبة، روى عن النبي ﷺ أحاديث كثيرة، توفي سنة (٧٤هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (١٨٦/٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (٢٢١/١).

(٣) هي التي لا تستقر بل تتحرك بأذنابها، والمراد بالرفع المنهي عنه رفعهم أيديهم عند السلام مشيرين إلى السلام من الجانبين. انظر: شرح مسلم للنووي (١٥٣/٤).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب الصلاة، باب الأمر بالسكون في الصلاة، والنهي عن الإشارة باليد ورفعها عند السلام، رقم (٤٣٠).

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب من لم يذكر الرفع عند الركوع، رقم (٧٤٨)، والترمذي في كتاب الصلاة، باب ما جاء أن النبي ﷺ لم يرفع إلا في أول مرة، رقم (٢٥٧)، والنسائي في كتاب الصلاة، باب الرخصة في ترك رفع اليدين عند الرفع من الركوع، رقم (١٠٥٨)، وأحمد رقم (٣٦٨١)، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن»، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير (٤٠٢/١): «وهو في الحقيقة أضعف شيء يعول عليه؛ لأن له عللاً تبطله»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (٧٤٨).

(٦) الأشباه والنظائر (٢٩٨/١).

وخالفت الحنفية في ذلك، ورواية عند المالكية فقالوا: بعدم المشروعية[١].

وبحسب قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب" فإنه يراعى خلاف من قال بعدم المشروعية، لكن هذه المسألة غير داخلة في القاعدة على الصحيح لفقدان شرط من شروطها، وهو: أن لا تؤدي مراعاة الخلاف إلى مخالفة سنة ثابتة[٢].

وقد ورد في المسألة حديث صحيح عن ابن عمر ﵄ (أن النبي ﷺ كان يرفع يديه حذو منكبيه، إذا افتتح الصلاة، وإذا كبر للركوع وإذا رفع رأسه من الركوع)[٣].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

السبب هو فقدان شرط من شروط القاعدة وهو: أن لا تؤدي مراعاة الخلاف إلى مخالفة سنة ثابتة.

فالمسألة لم يتحقق فيها شرط من شروط القاعدة، فتكون مستثناة لمشابهتها للقاعدة في صورتها، ولكنها عند التحقيق غير داخلة في القاعدة.

* * *

---

(١) انظر: ص (٤٠٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٨/١).

(٣) تقدم تخريجه ص (٤٠٢).

المسألة الثانية: الفصل في الوتر أفضل من وصله(١).

هذه المسألة ذكرها السيوطي عند ذكر الشرط الأول من شروط مراعاة الخلاف فقال: «أحدها: أن لا يوقع مراعاته في خلاف آخر، ومن ثَمّ كان فصل الوتر أفضل من وصله، ولم يراع خلاف أبي حنيفة؛ لأن من العلماء من لا يجيز الوصل»(٢).

والوتر سنة، وأدنى الكمال في صلاة الوتر ثلاث ركعات، ودليل مشروعيتها حديث أبي أيوب الأنصاري(٣) ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل)(٤).

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا صلى المسلم صلاة الليل وأراد أن يوتر بثلاث ركعات، فهل يفصل الشفع بالسلام، ثم يصلي الركعة الثالثة بتكبيرة إحرام مستقلة، أو له وصلها بسلام واحد؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على قولين:

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٨/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (١٧٩/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧١٩/٢).

(٢) الأشباه والنظائر (٢٩٨/١).

(٣) أبو أيوب خالد بن زيد بن كلب بن ثعلبة بن عبد عوف بن غَنْم بن مالك بن النجار، شهد العقبة وبدراً وما بعدهما، نزل عليه النبي ﷺ لما قدم المدينة، فأقام عنده حتى بنى بيوته ومسجده، واستخلفه علي ﷺ على المدينة، توفي في غزاة القسطنطينية، سنة (٥٠هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (٤٠٢/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (٨٩/٢، ٩٠).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب كم الوتر؟ رقم (١٤٢٢)، والنسائي في السنن الكبرى في كتاب الصلاة، باب كم الوتر؟ رقم (١٤٤٢)، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ما جاء في الوتر بثلاث وخمس وسبع وتسع، رقم (١١٩٠)، والدار قطني في كتاب الوتر، باب الوتر بخمس أو بثلاث أو بواحدة، رقم (١٦٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلاة، باب الوتر بركعة (٢٣/٣).
قال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٢٩/٢): «صحح أبو حاتم والذهلي والدارقطني في العلل والبيهقي وغير واحد وقفه وهو الصواب»، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه، رقم (١٤٢٢).

القول الأول: أن الأفضل لمن أراد أن يوتر بثلاث الفصل، ويجوز الوصل، وهذا هو المتعين عند المالكية، ويكره الوصل عندهم لغير مقتد بواصل[(١)]، وقول الشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)].

القول الثاني: عدم جواز الفصل، وإنما يصلي ثلاثاً بسلام واحد، وهذا قول الحنفية[(٤)].

أدلة القول الأول:

١ – حديث عبد الله بن عمر ﵄، وفيه أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن صلاة الليل، فقال رسول الله ﷺ: (صلاة الليل مثنى مثنى، فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى)[(٥)].

وجه الاستدلال: الحديث صريح في الفصل، وهو التسليم من كل ركعتين، فإن قوله ﵊: (مثنى مثنى) فيه دلالة على الفصل بين كل ركعتين من صلاة الليل.

٢ – حديث عائشة ﵂ قالت: (كان النبي ﷺ يصلي بالليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة)[(٦)].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على جواز الفصل لفعله عليه الصلاة والسلام الوتر بركعة.

٣ – أن في الفصل كثرة عبادات من تجدد النية والدعاء في آخر الصلاة والسلام،

---

(١) انظر: حاشية الخرشي (٢/١٢٢)، حاشية الدسوقي (١/٢٩٢).

(٢) انظر: المجموع (٣/٤٧٩)، مغني المحتاج (١/٢٢١).

(٣) انظر: المبدع (٢/٦)، كشاف القناع (١/٤١٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١/٢٧١)، البحر الرائق (٢/٤١).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الوتر، باب ما جاء في الوتر، رقم (٩٩٠)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة الليل مثنى مثنى والوتر ركعة من آخر الليل، رقم (٧٤٩).

(٦) أخرجه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة الليل وعدد ركعات النبي ﷺ في الليل، رقم (٧٣٦).

ما لا يكون عند الوصل[١].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث عائشة ﵂ قالت: (كان النبي ﷺ يوتر بثلاث لا يسلم إلا في آخرهن)[٢].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن النبي ﷺ يوتر بثلاث لا يفصل بينهن بسلام.

٢ – الإجماع على الإيتار بثلاث ركعات وعدم الإيتار بغيرها، قال الكاساني: «قال الحسن: أجمع المسلمون على أن الوتر ثلاث لا سلام إلا في آخرهن، ومثله لا يكذب»[٣].

٣ – أن الوتر نفل والنوافل تبع للفرائض في الصفة، فيجب أن يكون لها نظير من الأصول، والركعة الواحدة غير موجودة في الفريضة[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول فإن الأفضل أن يصليها مفصولة بسلامين لكثرة الأحاديث الصحيحة الواردة في ذلك، ويجوز الوصل لا يجلس بينهن بتشهد لثبوته عن النبي ﷺ، وفي هذا جمع بين أدلة القولين، وأما صلاة ثلاث ركعات بتشهدين كما تصلى صلاة المغرب فقد جاء النهي عنه كما في حديث أبي هريرة ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: (لا توتروا بثلاث ولا تشبهوا بصلاة المغرب)[٥].

---

(١) انظر: المجموع (٣/٤٦٨).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الوتر، رقم (١١٨١)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلاة، باب من أوتر بخمس أو بثلاث لا يجلس إلا في الآخرة منهن (٣/٢٨).
قال الحاكم: «صحيح على شرط البخاري ومسلم».

(٣) بدائع الصنائع (١/٢٧١، ٢٧٢). والأثر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الصلاة، باب من كان يوتر بثلاث أو أكثر، رقم (٦٨٩٧).

(٤) انظر المرجع السابق.

(٥) أخرجه ابن حبان في كتاب الصلاة، باب الوتر، رقم (٢٤٢٩)، والحاكم في كتاب الوتر، رقم=

وأما حكاية الإجماع على وجوب الوصل فيحتاج إلى دليل، كيف وقد خالف السنة الصريحة وفعل كثير من الصحابة كعمر وعثمان وابن عمر ﷺ[١].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

الفصل في الوتر أفضل من وصله على قول الجمهور[٢]؛ لحديث أبي هريرة ﷺ: (لا تشبهوا بالمغرب)[٣]، إلا أن أبا حنيفة منع الفصل، وبحسب قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب" فإنه يراعى خلاف أبي حنيفة ويقال: إن الوصل أفضل من الفصل خروجاً من الخلاف، لكن الخروج من خلاف أبي حنيفة يوقع في خلاف آخر، وهو قول بعض الشافعية من عدم صحة الوصل[٤].

فهذه المسألة لم يتحقق فيها شرط مراعاة الخلاف وهو: أن لا يوقع مراعاته في خلاف آخر، وبتقدير تجويز جميع العلماء الوصل فإنه يلزم منه ترك سنة ثابتة في جواز الفصل[٥].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

السبب هو فقدان شرط من شروط القاعدة وهو: أن لا توقع مراعاة الخلاف في خلاف آخر[٦].

=(١١٧٩)، والدارقطني في كتاب الوتر، باب لا تشبهوا الوتر بصلاة المغرب، رقم (١٦٥٠)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلاة، باب من أوتر بثلاث موصولات (٣/٣١)، قال الدارقطني (٢/٣٤٤): «كلهم ثقات»، وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٢/٣٠): «ورجاله كلهم ثقات ولا يضر وقف من أوقفه».

(١) انظر: فتح الباري (٢/٤٨١).

(٢) انظر: ص (٤٠٧).

(٣) تقدم تخريجه ص (٤٠٨).

(٤) انظر: مغني المحتاج (١/٢٢١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٨).

(٦) انظر: المرجعين السابقين.

فالمسألة لم يتحقق فيها شرط من شروط القاعدة ولذا حكم باستثنائها، فتكون مستثناة من القاعدة لمشابهتها للقاعدة في صورها، ولكنها عند التحقيق غير داخلة في القاعدة.

ويمكن أن يقال: المسألة ورد فيها نص بمشروعية الفصل كما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم وفيه: (صلاة الليل مثنى مثنى، فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى)[١]، كما ورد حديث بالنهي عن صلاة الوتر كصلاة المغرب، قال ﷺ: (لا توتروا بثلاث ولا تشبهوا بصلاة المغرب)[٢]. فلم يتحقق فيها شرط آخر وهو أن لا تؤدي مراعاة الخلاف إلى مخالفة سنة ثابتة.

* * *

---

(١) تقدم تخريجه ص (٤٠٧).

(٢) تقدم تخريجه ص (٤٠٨).

المسألة الثالثة: الصوم في السفر أفضل من الفطر لمن لم يتضرر به[١].

هذه المسألة ذكرها السيوطي عند ذكر الشرط الثالث من شروط مراعاة الخلاف وهو: أن يقوى مُدْركه بحيث لا يعد هفوة، ومن ثم كان الصوم في السفر أفضل لمن قوي عليه، ولم يبال بقول الظاهرية: أنه لا يصح[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل التراع:

إن الفطر للمسافر محل اتفاق بين العلماء وجوازه ثابت بالنص والإجماع[٣]، قال الله تعالى: ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾[٤].

والصوم في السفر يجوز باتفاق الأئمة الأربعة، وأن من صام يجزئه عن صومه[٥].

وخالف في ذلك الظاهرية فقالوا: الصيام في السفر لا يجوز، ولا يجزئه ولابد من أيام آخر[٦]، لحديث: (ليس من البر الصيام في السفر)[٧].

وهذا القول ضعيف ترده السنة[٨].

أما أيهما أفضل فقد اختلف الأئمة الأربعة في ذلك على قولين:

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٩/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (١٨٢/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢١)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٢٠/٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢٩٩/١).

(٣) انظر: المغني (٤٠٦/٤).

(٤) سورة البقرة، الآية (١٨٤).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٩٦/٢)، الكافي لابن عبد البر (٣٣٧/١)، المجموع (٢١٩/٦)، المغني (٤٠٦/٤).

(٦) انظر: المحلى (٢٤٣/٦)، المغني (٤٠٦/٤).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الصيام، باب قول النبي ﷺ لمن ظلل واشتد عليه الحر: "ليس من البر الصيام في السفر"، رقم (١٩٤٦)، ومسلم في كتاب الصيام، باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر، رقم (١١١٥).

(٨) انظر: المغني (٤٠٧/٤).

القول الأول: الصوم في حق المسافر أفضل من الفطر، وهذا قول الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣].

القول الثاني: الفطر في حق المسافر أفضل من الصوم، وهذا قول الحنابلة[٤].

أدلة القول الأول:

١ - قال الله تعالى: ﴿ وَأَن تَصُومُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾[٥].

وجه الاستدلال: أن الله عز وجل أثبت أن الخير والأفضل إنما هو الصيام دون الفطر.

٢ - حديث أبي الدرداء ﷺ قال: (رأيتنا مع رسول الله ﷺ في بعض أسفاره في يوم شديد الحر حتى إن الرجل يضع يده على رأسه من شدة الحر، وما منا صائم إلا رسول الله ﷺ وابن رواحة[٦])[٧].

وجه الاستدلال: صيام النبي ﷺ مع شدة الحر فيه دلالة على أن الصوم أفضل من الفطر.

٣ - أن رمضان أفضل الوقتين، فكان الأداء فيه أفضل[٨].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/٩٦)، تبيين الحقائق (١/٣٣٣).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (١/٣٣٧)، حاشية الخرشي (٣/٥٥).

(٣) انظر: المجموع (٦/٢١٩)، مغني المحتاج (١/٤٣٧).

(٤) انظر: المغني (٤/٤٠٧)، الإنصاف (٧/٣٧٥).

(٥) سورة البقرة، الآية (١٨٤).

(٦) ابن رواحة: هو أبو محمد عبد الله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس بن عمرو بن امرئ القيس بن الخزرج الأنصاري الخزرجي، من شعراء الصحابة، شهد العقبة وبدراً وما بعدها، واستخلفه النبي ﷺ على المدينة في إحدى غزواته واستشهد في مؤته، سنة ٨هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (١/٢٣٠)، الإصابة في تمييز الصحابة (٤/٦٦).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الصيام، باب إذا صام أياماً من رمضان ثم سافر رقم (١٩٤٥)، ومسلم في كتاب الصيام، باب التخيير في الصوم والفطر في السفر، رقم (١١٢٢).

(٨) انظر: تبيين الحقائق (١/٣٣٣).

أدلة القول الثاني:

١ – حديث جابر بن عبد الله ﷺ قال: (كان رسول الله ﷺ في سفر فرأى رجلاً قد ظلل فقال: (ما هذا؟) قالوا: صائم، فقال: ليس من البر الصيام في السفر)[١].

وجه الاستدلال: بيّن النبي ﷺ أنه ليس من البر الصيام في السفر، وفي هذا دلالة على أن الفطر في السفر أفضل.

٢ – حديث جابر بن عبد الله ﷺ: (أن رسول الله ﷺ خرج إلى مكة عام الفتح فصام حتى بلغ كُراع الغَمِيم[٢] فصام الناس معه، فقيل له: إن الناس شق عليهم الصيام وإن الناس ينظرون فيما فعلت فدعا بقدح من ماء بعد العصر فشرب والناس ينظرون إليه، فأفطر بعضهم وصام بعضهم فقيل له: إن ناساً صاموا فقال: أولئك العصاة أولئك العصاة)[٣].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أفطر في السفر ووصف الذين صاموا بالعصاة، وفي هذا دلالة على أن الفطر أفضل من الصيام.

٣ – أن الفطر في السفر أحوط للإنسان، خروجاً من خلاف من قال بعدم جواز الصيام في السفر[٤].

الترجيح:

الراجح أن الصيام أفضل من الفطر إذا لم يكن على الإنسان مشقة، وعلى هذا يحمل الحديث الذي استدل به أصحاب القول الأول الوارد في استحباب الصيام، أما إذا

---

(١) تقدم تخريجه ص (٤١١).

(٢) كراع الغميم: بضم الكاف والغميم بفتح الغين وكسر الميم، وهو واد بين مكة والمدينة، وتعرف الآن ببرقاء الغميم على ١٦ كيلاً من عسفان، وهذا الكراع جبل أسود في طرف الحرة، يمتد إليه.
انظر: معجم البلدان (٤/٤٤٣)، معجم معالم الحجاز (٧/٢١٣).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الصيام، باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية، رقم (١١١٤).

(٤) انظر: المغني (٤/٤٠٨).

كان على الصائم مشقة فإن الفطر في حقه أفضل، وعلى هذا تحمل الأحاديث التي استدل بها أصحاب القول الثاني الواردة في استحباب الفطر، والله أعلم.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

الفطر للمسافر في نهار رمضان جائز باتفاق الأئمة الأربعة، وذهب الظاهرية إلى عدم جواز الصيام للمسافر[1].

وبحسب قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب"، فإنه يستحب الخروج من الخلاف بالقول بعدم جواز الصيام للمسافر، لكن بالنظر إلى الدليل الذي استند إليه الظاهرية فإنه لا يقوى للاحتجاج به في هذه المسألة، ومن شروط مراعاة الخلاف: أن يقوى مُدْركه الذي استند إليه المجتهد[2].

قال ابن السبكي: «الشرط الثاني: أن يقوى مدرك الخلاف، فإن ضعف ونأى عن مأخذ الشرع كان معدوداً من الهفوات والسقطات لا من الخلافيات»[3].

وعلى هذا فإن المسألة غير داخلة تحت القاعدة لفقدان شرط من شروطها.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

السبب: فقدان شرط من شروط مراعاة الخلاف وهو: أن يقوى مُدْركه بحيث لا يعد هفوة[4].

وبهذا يظهر أن هذه المسألة المستثناة لم يتوافر فيها شرط القاعدة، فتكون مستثناة من القاعدة لمشابهتها للقاعدة في صورتها، ولكنها عند التحقيق غير داخلة في القاعدة.

* * *

---

(١) انظر: ص (٤١١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٨).

(٣) الأشباه والنظائر (١/١١٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٨).

الفصل العاشر

في المستثنيات من قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع".

* * *

قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع"[(١)]

التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الدفع في اللغة: تنحية الشيء وإزالته بقوة[(٢)].

وفي الاصطلاح: "منع التأثر بما يصلح له لولا ذلك الدافع"[(٣)].

والرفع في اللغة: ضد الخفض، والرفع في الأجسام الموضوعة: إعلاؤها عن مقرها[(٤)]، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَرَفَعْنَا فَوْقَكُمُ الطُّورَ ﴾[(٥)].

وفي الاصطلاح: "إزالة موجود"[(٦)].

وعلى هذا: "فالدفع: صرف الشيء قبل وروده، والرفع: صرف الشيء بعد وروده"[(٧)].

المعنى الإجمالي:

أن دفع الشيء ومنعه ابتداء قبل ثبوته أقوى من رفعه بعد وقوعه وديمومته،

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٢٧)، بلفظ "الدفع أسهل من الرفع"، والمنثور (١/٣٦١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٩)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٠٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٢)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/٣٣٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧١٦).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٢/٢٨٨)، لسان العرب (٨/٨٧).

(٣) تحفة المحتاج (١/٣٦).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (٢/٤٢٣)، المفردات في غريب القرآن للأصفهاني (٢٠٠).

(٥) سورة البقرة، الآية (٦٣).

(٦) تحفة المحتاج (١/٣٦).

(٧) الكليات (٤٥٠).

وذلك لصعوبة الرفع بعد الثبوت والدوام، وهو يدل على أنه إذا جاز الرفع فالمنع ابتداء أولى[(١)].

وعبر ابن السبكي عن هذه القاعدة بلفظ: "الدفع أسهل من الرفع"[(٢)]، وهذا التعبير أولى، لأن التعبير بأسهل يراد به بالنسبة للمكلف، وأما كونه أقوى فالمراد به حقيقة الدفع أمام الرفع[(٣)].

٢ – دليل القاعدة:

حديث عبد الله بن عمر عن أبيه رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث)[(٤)].

وجه الاستدلال:

أن الماء المستعمل، إذا بلغ قلتين، في عوده طهوراً، وجهان عند الشافعية[(٥)]. ولو استعمل القلتين ابتداء لم يصر مستعملاً، بلا خلاف. والفرق أن الكثرة في الابتداء دافعة، وفي الأثناء رافعة. والدفع أقوى من الرفع[(٦)].

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – وجود الماء قبل الصلاة للمتيمم يمنع الدخول فيها، وفي أثنائها لا يبطلها حيث

---

(١) انظر: القواعد الفقهية في بابي العبادات والمعاملات من خلال المغني للعيسى (٦٥٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٧).

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/٣٣٩).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة، باب ما ينجس الماء، رقم (٦٣)، والترمذي في كتاب الطهارة، باب ما جاء أن الماء لا ينجسه شيء، رقم (٦٧)، والنسائي في كتاب الطهارة، باب التوقيت في الماء، رقم (٥٢)، وابن ماجه في كتاب الطهارة، باب مقدار الماء الذي لا ينجس، رقم (٥١٧)، وأحمد برقم (٤٨٠٣)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (٦٣).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (١/٣٦٥).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٩٩).

تسقط به[١].

٢ — الفسق يمنع الإمامة ابتداء، ولو عرض في الأثناء لم ينعزل[٢].

٣ — اختلاف الدين المانع من النكاح يدفعه ابتداء فلا يجوز أن ينكح كافر مسلمة، ولا يرفعه إذا كفر أحد الزوجين في الأثناء بل يوقف إلى انقضاء العدة[٣].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٢).

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٠).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع"

وفيه مسألة واحدة:

وهي: الطلاق يرفع النكاح ولا يدفعه لحل الرجعة.

* * *

مسألة: الطلاق يرفع النكاح ولا يدفعه لحل الرجعة[١].

إن الله تعالى شرع الطلاق للحاجة، لأنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة، وضرراً مجرداً، فاقتضى ذلك شَرْعَ ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه[٢].

لكن الشارع لم يجعل الطلاق لازماً للزوج من أول الأمر بل جعل له عدداً، وأباح له الرجعة بعد الطلقة الأولى والثانية.

تعريف الرجعة:

الرجعة في اللغة: بفتح الراء وكسرها، والفتح أفصح، وهي المرة من الرجوع، ومصدر رجعه يرجعه رجعاً ورجعة، وهي بمعنى الرد والإعادة[٣].

وفي الاصطلاح: "إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد"[٤].

المقصد الأول: حكم المسألة:

الرجل إذا طلق زوجته دون الثلاث فإن له الرجعة في العدة[٥]، دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

من الكتاب:

١ – قال الله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٦].

وجه الاستدلال: بيَّنت هذه الآية عدد الطلاق الذي للزوج فيه أن يرتجع

---

(١) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٠٣/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧١٧/٢).

(٢) انظر: المغني (٣٢٣/١٠).

(٣) انظر: الصحاح (١٢١٦/٣)، القاموس المحيط (٢٨/٣).

(٤) كشاف القناع (٣٤١/٥).

(٥) العدة: "التربص المحدود شرعاً". انظر: كشاف القناع (٤١١/٥).

(٦) سورة البقرة، الآية (٢٢٩).

زوجته ما دامت في العدة دون تجديد مهر وعقد[١].

٢ – قال الله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[٢].

وجه الاستدلال: قوله سبحانه: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ أي: بإرجاعها قبل انقضاء العدة، والقيام بما لها من حقوق على زوجها[٣].

٣ – قال الله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾[٤].

وجه الاستدلال: قوله سبحانه: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ أي: أزواجهن أحق بإرجاعهن ما دمن في العدة، ولم يستنفذ الزوج ما يملكه من طلقات[٥].

من السنة:

١ – حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: (طلقت امرأتي وهي حائض، فسأل عمر رضي الله عنه النبي ﷺ فقال: مره فليراجعها)[٦].

٢ – حديث أنس بن مالك رضي الله عنه (أن النبي ﷺ طلق حفصة[٧] رضي الله عنها، ثم

---

(١) انظر: الجامع لأحكام القرآن (٣/٨٣).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٣١).

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص (١/٤٦٠).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

(٥) انظر: الجامع لأحكام القرآن (٣/٨٠).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾، رقم (٥٢٥١)، ومسلم في كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، رقم (١٤٧١).

(٧) حفصة بنت عمر بن الخطاب، أم المؤمنين، وكانت قبل أن يتزوجها النبي ﷺ عند خنيس بن حذافة، فمات بالمدينة، فتزوجها النبي ﷺ بعد عائشة سنة ثلاث من الهجرة، وطلقها النبي ﷺ تطليقة ثم ارتجعها، وذلك أن جبريل عليه السلام قال له: أرجع حفصة فإنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة، توفيت سنة ٤٥هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٢٢٧)، الإصابة في تمييز الصحابة (٨/٥١).

راجعها)[١].

من الإجماع:

قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الحر إذا طلق زوجته الحرة، وكانت مدخولاً بها تطليقة أو تطليقتين، أنه أحق برجعتها حتى تنقضي العدة»[٢].

فالعلماء متفقون على أن الزوج إذا طلق زوجته دون الثلاث فله أن يراجعها في العدة[٣].

من المعقول:

أن الحاجة ماسة إلى الرجعة؛ لأن الإنسان قد يطلق امرأته ثم يندم، فيحتاج إلى التدارك، فلو لم تثبت له الرجعة لما أمكنه التدارك، ولا يقال: إنه يمكنه أن يعقد عليها عقد نكاح جديد؛ لأن المرأة قد لا توافقه[٤].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

الطلاق رفع قيد النكاح في الحال "البائن"، أو المآل "الرجعي"[٥].

والطلاق لا يدفع النكاح؛ لأن الدفع إنما يكون قبل الثبوت، أي: قبل حصول العقد[٦]، وإنما يرفعه، لأن محل الرفع بعد الثبوت.

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق، باب في المراجعة، رقم (٢٢٨٣)، والنسائي في كتاب الطلاق، باب الرجعة، رقم (٣٥٦٠)، وابن ماجه في كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، رقم (٢٠١٦)، وأحمد رقم (١٥٩٢٤)، وابن حبان في كتاب الطلاق باب الرجعة، رقم (٤٢٧٥)، والحاكم في كتاب الطلاق، باب ليس منا من خبب امرأة على زوجها أو عبداً على سيده، رقم (٢٨٥١)، قال الحاكم: «حديث صحيح على شرط الشيخين»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (٢٢٨٣).

(٢) الإجماع (٥١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٨٠/٣)، حاشية ابن عابدين (٢٣/٥)، مواهب الجليل (٤٠١/٥)، حاشية الخرشي (٥٤٨/٤)، روضة الطالبين (١٨٩/٦)، مغني المحتاج (٣٣٥/٣)، المغني (٥٤٧/١٠)، كشاف القناع (٣٤١/٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٤٢٤/٤).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٢٤/٤).

(٦) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٣٩/٥).

والطلاق إذا وقع فإنه لا يمنع الرجعة وإنما يجوز للزوج أن يراجع زوجته في الطلاق الرجعي أثناء العدة، وبهذا فإن الطلاق يرفع النكاح ولا يدفعه، وهذا خلاف قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع".

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

سبب استثناء هذه المسألة من قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع" هو حل الرجعة[١]، فإن الرجعة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع[٢].

قال ابن حجر الهيتمي[٣]: «الدفع أقوى من الرفع – غالباً – وخرج بغالباً نحو الطلاق يرفع النكاح ولا يدفعه لحل ارتجاع المطلقة»[٤].

* * *

(١) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٠٣)، إيضاح القواعد الفقهية للحجى (١٢٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧١٧).

(٢) انظر: ص (٤٢٠).

(٣) أحمد بن محمد بن محمد بن حجر الهيتمي المكي الشافعي، ولد بمحلة أبي الهيثم بصعيد مصر، ثم استوطن مكة، وبرع في فنون كثيرة كالتفسير والحديث والفقه، له مؤلفات منها: تحفة المحتاج بشرح المنهاج، والزواجر عن اقتراف الكبائر والصواعق المحرقة في الرد على أهل البدع والزندقة، توفي سنة ٩٧٣هـ.
انظر: شذرات الذهب (٨/٣٧٠)، الأعلام (١/٢٣٤).

(٤) تحفة المحتاج (١/٣٦).

الفصل الحادي عشر

المستثنيات من قاعدة: "الرضا بالشيء رضا بما تولد منه"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الرضا بالشيء رضا بما تولد منه".

قاعدة: "الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه"[(١)]

التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاها.

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

المتولد: ما حصل عن غيره، يقال: تولد الشيء عن الشيء حصل ونشأ عنه[(٢)].

المعنى الإجمالي:

إن من يرضى بأمر يكون رضاؤه شاملاً لكل ما ينتج عنه، وإن الإذن بالشيء يفيد الإذن بالأمر الناشئ عنه، ولا يتحمل آثاره من الضمان والفدية والدية[(٣)].

وهذه القاعدة تشبه قاعدة الحنفية: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"[(٤)].

٢ – شرط القاعدة:

يشترط لعدم تحمل الأثر الناشئ عن الفعل أن لا يكون الفعل الجائز مقيداً بشرط السلامة، فإن كان مقيداً بذلك ترتب عليه أثره[(٥)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٥٢)، المنثور (١/٣٧٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٥)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢١٥)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٧)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/٤١٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٢٧).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٦/١٤٣)، المصباح المنير (٢/٦٧٢).

(٣) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢١٥)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/٤١٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٢٧).

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة (٩١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨١)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٥١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٤٩).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٦)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢١٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٨).

٣ - دليل القاعدة:

حديث عمران بن حصين[١] رضي الله عنه أن رجلاً عض يد رجل، فنزع يده من فمه، فوقعت ثنيتاه، فاختصما إلى النبي ﷺ فقال: (يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية له)[٢].

وجه الاستدلال: أن هذا الرجل لما رضي بعض أخيه وهو منهي عنه شرعاً، فإنه يلزمه الرضا بما ينتج عنه، ولذا فإن النبي ﷺ لم يضمن المعتدى عليه لما نزع يده.

٤ - تطبيقات القاعدة:

١ - إذا سبق ماء المضمضة أو الاستنشاق إلى الجوف بلا مبالغة فلا يفطر، لأنه تولد من مأذون فيه بغير اختياره[٣].

٢ - إذا تطيب المحرم قبل الإحرام، فسرى إلى موضع آخر بعد الإحرام، فلا فدية فيه[٤].

٣ - لو قطع قصاصاً، أو حداً فسرى، فلا ضمان[٥].

* * *

---

(١) أبو نجيد عمران بن حصين بن عبيد بن خلف بن عَبْدنَهْم بن حذيفة بن جَهْمَه الخزاعي، أسلم عام خيبر، وغزا عدة غزوات، وكان صاحب راية خزاعة يوم الفتح، ولي قضاء البصرة زمن عمر رضي الله عنه، توفي سنة ٥٢هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٥٠٨/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (٢٦/٥).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب إذا عض رجلاً فوقعت ثناياه، رقم (٦٨٩٢)، ومسلم في كتاب القسامة، باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه إذا دفعه المصول عليه فأتلف نفسه أو عضوه لا ضمان عليه، رقم (١٦٧٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٥/١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٢٢٨).

(٤) انظر: المرجعين السابقين.

(٥) انظر: المرجعين السابقين.

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الرضا بالشيء رضا بما تولد منه"

وفيه مسألة واحدة:

وهي: إذا ضرب الزوج زوجته أو الأب ابنه وأفضى إلى الهلاك فإنه يضمن.

* * *

مسألة: "إذا ضرب الزوج زوجته أو الأب ابنه وأفضى إلى الهلاك فإنه يضمن"[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا ضرب الزوج زوجته على امتناعها من التمكين، أو ضرب الأب ابنه للتأديب المشروع فأفضى تأديبهم إلى الهلاك، و لم يتجاوز القدر المشروع فهل يضمن هؤلاء؟

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة إلى أن الضرب إذا كان فوق المعتاد أو زاد على ما يحصل به المقصود فإنه يضمن[٢].

وأما إذا كان الضرب معتاداً وأفضى إلى الموت، فإن الأئمة الأربعة اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: لا ضمان على الزوج والأب من التلف الذي ينشأ من التأديب المعتاد، وهذا قول المالكية[٣]، والحنابلة[٤]، وأبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[٥]، ونقل ابن نجيم أن أبا حنيفة رجع إلى قول الصاحبين[٦].

القول الثاني: يضمن الزوج والأب إذا أفضى تأديبهما المعتاد إلى الموت، وهذا قول أبي حنيفة[٧]، والشافعية[٨].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٦/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢١٦/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٨)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤١٠/٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٢٨/٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٥/٧)، منح الجليل (٥٥٥/٤)، المهذب (٢٩٠/٢)، كشاف القناع.

(٣) انظر: منح الجليل (٥٥٥/٤)، بلغة السالك (١٦٥/٤).

(٤) انظر: المغني (٥٢٨/١٢)، كشاف القناع (١٦/٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٥/٧)، البحر الرائق (٣٠٩/٧).

(٦) انظر: البحر الرائق (٣٠٩/٧).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٥/٧)، البحر الرائق (٣٠٩/٧).

(٨) انظر: المهذب (٢٩٠/٢)، مغني المحتاج (١٩٩/٤).

دليل القول الأول:

١ - التأديب مأذون فيه شرعاً، والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً كالحد والتعزير[١].

دليل القول الثاني:

١ - المقصود من الضرب هو التأديب لا الهلاك، فإذا حصل به هلاك تبين أنه جاوز القدر المشروع فيه[٢].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول، لأن التأديب مأذون فيه شرعاً لقوله تعالى في حق الأزواج: ﴿ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ﴾[٣]، وقوله ﷺ: (مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع)[٤]، ولأن الجواز الشرعي ينافي الضمان[٥].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إن الشارع قد أذن للزوج ضرب زوجته عند ظهور أمارات النشوز، قال تعالى: ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ﴾[٦]، وأذن في ضرب

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٧/٣٠٥)، منح الجليل (٤/٥٥٥)، كشاف القناع (٦/١٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/٣٠٥)، مغني المحتاج (٤/١٩٩).

(٣) سورة النساء، الآية (٣٤).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم (٤٩٤)، وأحمد في مسنده رقم (٦٦٨٩)، والحاكم في كتاب الصلاة باب أمر الصبيان بالصلاة لسبع سنين، رقم (٧٣٤)، والدارقطني في كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها وحد العورة التي يجب سترها، رقم (٨٨٧)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الصلاة، باب عورة الرجل (٢/٢٢٩)، وصححه الألباني في إرواء الغليل، رقم (٢٩٨).

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة (٩١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٤٩).

(٦) سورة النساء، الآية (٣٤).

الأب ابنه لتأديبه لحديث أن النبي ﷺ قال: (مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضـــربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع)[١].

والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً، فإذا حصل هلاك أو تلف عـــضو فإنه لا ضمان على الزوج أو الأب، لأن الفعل مأذون فيه، وعلى هذا القول فإن المسألة فرع من فروع قاعدة: "الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه".

وأما على قول الشافعية بالضمان[٢]، فإن المسألة مستثناة من القاعدة[٣].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

قال السيوطي: «يستثنى من قاعدة الرضا بالشيء رضا بما يتولد منـــه، مـــا كـــان مشروطاً بسلامة العاقبة»[٤]، فضرب الزوج زوجته أو الأب ابنه للتأديب مشروط بسلامة العاقبة إذ المقصود التأديب لا الهلاك، فإذا حصل هلاك أو تلف عضو تبين أنه جاوز الحد المشروط[٥].

قال الزركشي: «والتحقيق في هذا أن كل ما أفضى إلى الضمان فهو غير جائز إذ جوازه مشروط بسلامة العاقبة، و لم يحصل الشرط»[٦].

فالسبب هو فقدان شرط القاعدة: وهو أن لا يكون الفعل الجائز مقيـــداً بـــشرط السلامة، ولذا حكم باستثنائها، فتكون مستثناة من القاعدة لمشابهتها للقاعدة في صورها، ولكنها عند التحقيق غير داخلة في القاعدة.

* * *

(١) تقدم تخريجه ص (٤٢٩).

(٢) انظر: ص (٤٢٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٦).

(٤) المرجع السابق.

(٥) انظر: أسنى المطالب (٤/١٦٣).

(٦) المنثور في القواعد (١/٤٠٩).

الفصل الثاني عشر

المستثنيات من قاعدة: "السؤال معاد في الجواب"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "السؤال معاد في الجواب".

* * *

قاعدة: "السؤال معاد في الجواب"[(١)]

التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

السؤال في اللغة: من سأل يسأل سؤالاً ومسألة، ورجل سُؤلة أي: كثير السؤال، وسألته عن كذا استعلمته، وسأل الله العافية طلبها[(٢)].

وفي الاصطلاح: "استدعاء معرفة أو ما يؤدي إلى معرفة"[(٣)].

والجواب: مشتق من جاب الفلاة إذا قطعها[(٤)]، وسمي الجواب جواباً لأنه ينقطع به كلام الخصم، وهو يكون تارة بـ "نعم"، وأجل، وبلى، وتارة بـ "لا" ويستعمل فيما يتحقق وقوعه ويجزم به[(٥)].

المعنى الإجمالي:

أن الجواب إذا ورد بصيغة مجملة من أدوات الجواب مثل: نعم، بلى، أجل، يشتمل على مضمون السؤال: لأن مدلولات هذه الأدوات يعتمد على ما قبلها، فيكون المجيب

---

(١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٥٣٥/١)، المنثور (٤٠٦/١)، القواعد للحصني (١٠٧/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٦/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٧٨)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٧٤٧/٢)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢١٧/٢)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٦٦)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٨/١)، شرح المجلة للأتاسي (١٧٧/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٥)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٩)، المدخل الفقهي العام للزرقاء (١٠١٤/٢)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٢٨)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٩٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٣٨٤/١).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (١٢٤/٣)، المصباح المنير (٢٩٧/١).

(٣) الكليات (٥٠١).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (٤٩١/١)، المصباح المنير (١١٣/١).

(٥) انظر: الكليات (٣٥٢).

بأداة من تلك الأدوات مقراً بمضمون السؤال، لأن تلك الأداة تنوب عن السؤال[١].

فموضوع القاعدة هو حالة كون الجواب غير مستقل بنفسه في الإفادة، فإنه حينئذ يتبع السؤال في عمومه وخصوصه حتى كأن السؤال معاد فيه، وعدم استقلال الجواب عن السؤال يرجع إلى أحد أمرين[٢].

إما لأمر راجع إلى اللفظ، وذلك إذا ورد الجواب بأحد حروف التصديق بعد سؤال مفصل، فيعتبر مشتملاً على ما في السؤال من تفصيل، وذلك مثل قوله ﷺ - وقد سئل عن اشتراء التمر بالرطب - (أينقص الرطب إذا يبس؟، قالوا: نعم، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك)[٣].

وإما لأمر يرجع إلى العادة: كما لو قال رجل لآخر: كُلْ عندي، فقال: والله لا آكل، فهذا الجواب مستقل بنفسه، إلا أن العرف اقتضى عدم استقلاله، حتى صار مقصوراً على السبب الذي خرج عليه، فلا يحنث إذا أكل عند غيره.

والمراد بالسؤال في القاعدة أعم من مجرد الاستخبار أو الاستفهام بل يشمل الطلب والإنشاء[٤].

فمثال الطلب: قول المرأة لزوجها: طلقني بألف، فقال: طلقتُ، فإنها تبين ويستحق الألف وإن لم يذكرها[٥].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقاء (١٠١٤/٢).

(٢) انظر: المحصول (١٢١/٣)، المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (٥٣٥/١).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب بيع التمر بالتمر، رقم (٣٣٥٩)، والترمذي في كتاب البيوع باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة رقم (١٢٢٥)، والنسائي في كتاب البيوع، باب اشتراء التمر بالرطب، رقم (٤٥٤٥)، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر رقم (٢٢٦٤)، ومالك في كتاب البيوع، باب ما يكره في بيع التمر رقم (٢٠١٨)، والحاكم في المستدرك في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الرطب، رقم (٢٣١٢).

وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»، وصححه الحاكم، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي رقم (١٢٢٥).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٥)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٢٨).

(٥) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٩).

ومثال الإنشاء: قول المرأة لزوجها: أنا طالق، فقال: نعم فإنها تطلق[١].

وقد ذكر الزركشي قيداً لهذه القاعدة وهو أن لا يقصد بالجواب الابتداء[٢]، ولهذا لو قال المشتري: لم أقصد بقولي: اشتريت جوابك، فالقول قول المشتري فلا يلزمه الألف ولا يصح البيع[٣].

٢ – أدلة القاعدة:

وردت نصوص من الكتاب والسنة جاء الجواب فيها غير مستقل بنفسه، ومن ذلك:

١ – قوله تعالى: ﴿ فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ ﴾[٤].

أي: وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً[٥].

٢ – قوله تعالى: ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى شَهِدْنَا ﴾[٦].

أي: شهدنا على أنفسنا بأنك أنت ربنا[٧].

٣ – حديث سعد بن أبي وقاص ﷺ، أنه قال: (سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب، فقال رسول الله ﷺ: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك)[٨].

فهذه النصوص ورد فيها الجواب غير مستقل بنفسه في الإفادة، ولو أجرينا الجواب

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٥).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (١/٤٠٨).

(٣) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٠).

(٤) سورة الأعراف، الآية (٤٤).

(٥) انظر: فتح القدير للشوكاني (٢/٢١٥).

(٦) سورة الأعراف، الآية (١٧٢).

(٧) انظر: فتح القدير للشوكاني (٢/٢٧٦).

(٨) تقدم تخريجه ص (٤٣٣).

على ظاهره لتعطلت هذه النصوص عن الإفادة ولأصبحت عديمة المعنى، وهـذا نقـص وعيب يتره عنه كلام الشارع، فتعين حمل الجواب فيها على ما ورد في السؤال كـالمتمم له[١].

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – إذا قال: لي عندك كذا؛ فقال: نعم، أوليس عليك كذا، فقال: بلى، أو قال: أجل في الصورتين، فهو إقرار بما سأله عنه[٢].

٢ – لو قيل: ألست طلقت امرأتك؟ فقال: بلى: طلقت؛ لأنه جواب الاستفهام بالإثبات[٣].

٣ – لو قال: فعلت كذا أمس؟ فقال: نعم، فقال: والله قد فعلتها؟ فقال: نعم؛ فهو حالف[٤].

* * *

(١) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في المغني، سمير آل‌عبدالعظيم (٩٦).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٧/١).

(٣) انظر: ترتيب اللآلي لناظرزاده (٧٤٩/٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٧٩).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "السؤال معاد في الجواب"

وفيه مسألة واحدة:

وهي: إذا قال الولي: زوجتك ابنتي، فقال الرجل: قبلت، لم يصح.

* * *

مسألة: إذا قال الولي: زوجتك ابنتي، فقال الرجل: قبلت، لم يصح[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

ينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج والجواب عنهما إجماعاً[٢]، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله تعالى: ﴿ زَوَّجْنَاكَهَا ﴾[٣]، وقوله سبحانه: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾[٤]، وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا، مثل أن يقول: زوجتك ابنتي هذه، فيقول: قبلت هذا النكاح، أو هذا التزويج[٥].

وأما إذا قال الولي للزوج: زوجتك ابنتي فهل يكفي أن يقول الزوج: قبلت فقط، أو لابد أن يقول: قبلت نكاحها؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يكفي أن يقول الزوج: قبلت أو رضيت، وينعقد النكاح بذلك، وهذا قول الحنفية[٦]، والمالكية [٧]، وقول عند الشافعية[٨]، وقول الحنابلة[٩].

القول الثاني: لا يكفي أن يقول الزوج: قبلت فقط، أو رضيت فقط، بل لابد أن يقول: قبلت نكاحها، أو رضيت نكاحها، فإذا لم يفعل ذلك لم ينعقد نكاحها، وهذا هو المذهب عند الشافعية[١٠].

---

(١) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢١٨)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٢٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٨٦).

(٢) انظر: المغني (٩/٤٦٠).

(٣) سورة الأحزاب، الآية (٣٧).

(٤) سورة النساء، الآية (٢٢).

(٥) انظر: المغني (٩/٤٦٠).

(٦) انظر: تبيين الحقائق (٢/٩٦)، حاشية ابن عابدين (٤/٩٨).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٥/٤٧)، حاشية الخرشي (٤/١٣٩).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٥/٣٨٣)، تحفة المحتاج (٣/١٩٠).

(٩) انظر: المغني (٩/٤٥٩)، شرح منتهى الإرادات (٥/١١٩).

(١٠) انظر: روضة الطالبين (٥/٣٨٣)، تحفة المحتاج (٣/١٩٠).

دليل القول الأول:

١ – أن القبول صريح في الجواب، فانعقد به، كما ينعقد به البيع وسائر العقود[١].

دليل القول الثاني:

١ – أن الاعتبار في النكاح أن يحصل الإيجاب والقبول فيه بلفظ النكاح أو التزويج، فإذا عرى القبول منه لم يصح[٢].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لحصول القبول بهذا اللفظ ودلالته على الرضا بالنكاح.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا قال ولي المرأة: زوجتك ابنتي، فإن هذا من ألفاظ الإخبار التي تأخذ حكم السؤال[٣]، فإذا قال الرجل: قبلت، فيعتبر قوله قبولاً وصح عقد النكاح، وهذا هو قول الجمهور[٤]، وبهذا تكون هذه الصيغة فرعاً من فروع قاعدة: "السؤال معاد في الجواب".

وأما قول الشافعية: بعدم انعقاد النكاح بهذه الصيغة، وأنه لابد أن يقول الرجل: قبلت هذا النكاح[٥]، فإن هذه المسألة مستثناة من القاعدة.

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢/٩٦)، مواهب الجليل (٥/٤٦)، المغني (٩/٤٦٠).

(٢) انظر: المجموع (١٥/٩٨).

(٣) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٩٦).

(٤) انظر: ص (٤٣٧).

(٥) انظر: ص (٤٣٧).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها بعض متأخري الشافعية[١]، بناء على القول الأظهر عند الشافعية من عدم انعقاد النكاح بقول الرجل: قبلت، بعد قول الولي: زوجتك ابنتي.

والسبب في الاستثناء: أن السؤال غير معاد في الجواب في النكاح عند الشافعية[٢]، ومن هذا يفهم أن لقاعدة "السؤال معاد في الجواب" قيداً عند الشافعية: وهو أن لا يكون في باب النكاح، فإذا كان في النكاح فإن السؤال غير معاد في الجواب، لأن النكاح يأخذ مزيداً من الاحتياط لكونه عقداً على الأبضاع، والمعاملات مبنية على الألفاظ.

* * *

(١) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢١٨).

(٢) انظر: المرجع السابق.



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الملك سعود
كلية التربية
قسم الثقافة الإسلامية

المستثنيات من القواعد الفقهية الكلية

بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في الآداب
تخصص الفقه وأصوله

إعداد الطالب
خالد بن عبد الرحمن بن عبد الله العسكر
الرقم الجامعي : ٤٢٥١٢١١٩٨

إشراف
الدكتور / العربي محمد الإدريسي
الأستاذ المشارك بقسم الثقافة الإسلامية

المجلد الثاني

الفصل الثاني سنة ١٤٣٠ هـ



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الملك سعود
كلية التربية
قسم الثقافة الإسلامية

المستثنيات من القواعد الفقهية الكلية

بحث مقدم استكمالا لمتطلبات درجة الدكتوراه في الآداب
تخصص الفقه وأصوله

إعداد الطالب
خالد بن عبد الرحمن بن عبد الله العسكر
الرقم الجامعي : ٤٢٥١٢١١٩٨

إشراف
الدكتور/ العربي محمد الإدريسي
الأستاذ المشارك بقسم الثقافة الإسلامية

المجلد الثاني

الفصل الثاني سنة ١٤٣٠

الفصل الثالث عشر

المستثنيات من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول".

* * *

قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.

وردت هذه القاعدة عند علماء القواعد بلفظ "لا ينسب إلى ساكت قول"[٢]، ومنهم من عقب اللفظ السابق: "... ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[٣].

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الساكت لغة: من سكت يسكت سكوتاً بمعنى صمت، وهو يدل على خلاف الكلام[٤].

وفي الاصطلاح: "ترك الكلام مع القدرة عليه"[٥]، فلا يخرج المعنى الاصطلاحي للسكوت عن المعنى اللغوي له.

والسكوت عند الفقهاء: "التزام حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شيء ينبئ عن الإرادة"[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٧/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٧٩)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢٢١/٢).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة (٦٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٩/١)، شرح المجلة للأتاسي (١٨١/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٧)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٢١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٠٥)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٥٠)، القواعد الفقهية لعزام (٥٣١)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١٦٠/١).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (٨٩/٣)، المصباح المنير (٢٨١/١).

(٥) التعريفات للجرجاني (١٥٩).

(٦) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي لوحيد الدين سوار (٢٦٤)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٥٠).

والمراد بـ "معرض الحاجة" الذي يكون فيه السكوت في حكم البيان والتعبير: "كل موطن يلزم فيه التكلم لدفع ضرر أو غرر، أو يكون فيه السكوت طريقة عرفية للتعبير"[١].

المعنى الإجمالي:

هذه القاعدة مكونة من قسمين لكل قسم معنى:

القسم الأول: "لا ينسب إلى ساكت قول".

"أن الشرع ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على المقاصد، وما جعل للسكوت حكماً ينبني عليه شيء كما تبنى الأحكام على الألفاظ"[٢].

القسم الثاني: "... ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان".

هذه الفقرة كالاستثناء مما قبلها، وهي قاعدة ذكرها الأصوليون[٣]، وجعلوا السكوت فيها في حكم النطق، وذلك في كل موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان[٤]، فالسكوت من القادر على التكلم في معرض الحاجة إلى البيان بيان، بشرط أن يكون هناك دلالة من حال المتكلم، أو يكون هناك ضرورة لدفع الغرر والضرر[٥].

٢ – أدلة القاعدة:

كان الإمام الشافعي رحمه الله هو أول من صاغ الشطر الأول من هذه القاعدة في عبارته الشهيرة: "لا ينسب إلى ساكت قول قائل، ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله"[٦]، وهذه القاعدة نطق بها الإمام الشافعي أثناء نقاش موضوع الإجماع على

---

(١) المدخل الفقهي العام (٢/٩٧٤).

(٢) شرح المجلة للأتاسي (١/١٨١).

(٣) انظر: كشف الأسرار للبخاري (٣/٢٨٨)، تيسير التحرير لأميرشاه (١/٨٤).

(٤) انظر: شرح المجلة للأتاسي (١/١٨١).

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٨).

(٦) الأم (١/١٥٢)، كتاب الصلاة، باب الخلاف في هذا الباب "يعني: باب الساعات التي تكره فيها الصلاة.

مسائل فقهية، ثم تداولها الفقهاء وطبقوها في كثير من الأحكام.

وأما الشطر الثاني من القاعدة وهو: "السكوت في معرض الحاجة بيان" فقد دلت عليه السنة النبوية: فهي تتضمن إقرارات النبي ﷺ أو تقريراته، وهي سكوت النبي ﷺ عن إنكار قول قيل أو فعل حدث بين يديه أو في عصره وعلم به، وقد اعتبرها أكثر الأصوليين دالة على الأحكام الشرعية[١].

٣ – تطبيقات القاعدة:

(أ) تطبيقات على الشطر الأول: "لا ينسب إلى ساكت قول":

١ – لو سكتت الثيب عند الاستئذان في النكاح، لم يقم مقام الإذن[٢].

٢ – لو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت لا يعد سكوته إجازة أو توكيلاً[٣].

٣ – لو أتلف شخص مال آخر وصاحب المال يشاهد وهو ساكت، لا يكون سكوته إذناً بالإتلاف، بل له أن يضمنه[٤].

(ب) تطبيقات الشطر الثاني: "ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان".

السكوت يعتد به إذا اقترنت به ملابسات تدل على ذلك، وقد صنف بعض المعاصرين التطبيقات التي يعتد بها في السكوت في الحالات التالية[٥].

١ – الحالات التي تمحض فيها السكوت لمنفعة من وُجّه إليه، ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه، وسكوت الموقوف عليه، وسكوت المدين عند إبراء

---

(١) انظر: كشف الأسرار للبخاري (٢٨٨/٣)، تيسير التحرير لأمير شاه (٨٤/١)، إرشاد الفحول للشوكاني (١٨٣/١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٧/١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٧٩).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي لوحيد الدين سوار (٢٦٦)، القواعد الفقهية الكبرى للسدلان (١٨٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٥٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١٦٤/١).

الدائن له.

٢ – الحالات التي يتوافر فيها تعامل سابق بين المتعاقدين، ويتصل الإيجاب بهذا التعامل، كالهبة فإذا قبض الموهوب له العين الموهوبة بعد العقد وصاحب هذا القبض سكوت الواهب اعتبر سكوته إذناً بالقبض.

٣ – الحالات التي يستلزم فيها مبدأ العدالة اعتبار السكوت رضاً؛ كسكوت الولي حين يرى موليه يبيع ويشتري، فإنه يجعل إذناً له في التجارة، دفعاً للضرر عمن يعامله.

٤ – الحالات التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضاً، كحالة سكوت البكر قبولاً للخاطب.

* * *

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"

من أورد القاعدة بلفظ: "لا ينسب إلى ساكت قول" كالسيوطي[1]، وابن نجيم[2]، ذكروا مستثنيات من هذه القاعدة، قال ابن نجيم: «وخرج عن هذا القاعدة – القسم الأول – مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق»[3]، وأما من أضاف إلى القاعدة: "ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان" اعتبرها فروعاً للقاعدة.

ولذا فإن المستثنيات من القسم الأول خمس عشرة مسألة:

المسألة الأولى: إذا سكت المحرم على حلق الحلال لرأسه مع القدرة على منعه.

المسألة الثانية: سكوت ولي الصبي المميز إذا رآه يبيع ويشتري.

المسألة الثالثة: سكوت المشتري إذا علم عيباً في المبيع، يبطل خيار العيب[4].

المسألة الرابعة: سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة[5]، حين قال صاحبه: قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً.

المسألة الخامسة: سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة.

المسألة السادسة: سكوت الوكيل: قبول ويرتد برده.

المسألة السابعة: سكوت الشفيع عن طلب الشفعة[6] بعد العلم والإمكان، فإن سكوته يعد إسقاطاً للشفعة.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٣٠٨/١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٨١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) سيأتي تعريفه ص (٤٥٢).

(٥) سيأتي تعريفه ص (٤٥٥).

(٦) تقدم تعريفها ص (٢٢٩).

المسألة الثامنة: سكوت الموقوف عليه: قبول ويرتد برده.

المسألة التاسعة: سكوت الواهب عند قبض الموهوب له الهبة[1].

المسألة العاشرة: سكوت المتصدق عليه.

المسألة الحادية عشرة: سكوت البكر عند استئذان وليها لها بالتزويج.

المسألة الثانية عشرة: سكوت المدعى عليه حين طلب الحاكم منه الجواب عن دعوى المدعي بلا عذر.

المسألة الثالثة عشرة: سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد.

المسألة الرابعة عشرة: سكوت المقر له.

المسألة الخامسة عشرة: القراءة على الشيخ وهو ساكت.

* * *

(١) سيأتي تعريفها ص (٤٧٢).

المسألة الأولى: إذا سكت المُحْرِم على حلق الحلال لرأسه مع القدرة على منعه، لزمته الفدية[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا سكت المحرم على حلق الحلال شعر رأسه مع القدرة على منعه، فهل على المحرم فدية؟

اختلف الأئمة الأربعة على قولين:

القول الأول: أن على المحرم فدية، وهذا قول الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والأصح من قولي الشافعية[٤]، والصحيح عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الفدية على الحالق لا على المحرم، وهذا قول عند الشافعية[٦]، وقول عند الحنابلة[٧].

دليل القول الأول:

١ – أن الشعر أمانة عند المحرم يلزمه حفظه والمنع من حلقه، فإذا لم يفعل جُعل سكوته كالإذن فيه، كالمُودَع إذا سكت عن إتلاف الوديعة[٨].

دليل القول الثاني:

١ – القياس على إتلاف المال، فإنه إذا أتلف رجل ماله فسكت لم يكن سكوته إذناً في إتلافه[٩].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٤٠١/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٨/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٢٧/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٢)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٠٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٩٣/٢)، البحر الرائق (١١/٣).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٢٣٥/٤)، حاشية الخرشي (٢٣٧/٣).

(٤) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٤٧٩/٣)، روضة الطالبين (٤١٣/٢).

(٥) انظر: الفروع (٤٠٣/٥)، كشاف القناع (٤٢٢/٢).

(٦) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٤٧٩/٣)، روضة الطالبين (٤١٣/٢).

(٧) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٢٨/٨)، الفروع (٤٠٣/٥).

(٨) انظر: المجموع (٣٢١/٧)، الفروع (٤٠٣/٥).

(٩) انظر: المرجعين السابقين.

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن المحرم فرط مع قدرته على المنع فوجبت عليه الفدية.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا سكت المحرم على حلق الحلال رأسه، مع القدرة على منعه لزمته الفدية – على قول الجمهور – لأن السكوت في معرض الحاجة وهي دفع الضرر في ارتكاب محظور من المحظورات، فكان سكوته إذناً بالحلق، وعلى هذا فالمسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[(١)].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزركشي[(٢)]، والسيوطي[(٣)]، من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"، وسبب الاستثناء القياس على الوديعة؛ لأن الشعر عنده وديعة، فيجب الدفع عنه[(٤)].

قال الزركشي: «ومقتضى هذا، أنه لو أتلف مكلف الوديعة، والمُوْدَع ساكت مع القدرة على دفعه أن يكون ضامناً، ويترل سكوته مترلة الإذن في الإتلاف»[(٥)].

* * *

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١٦٦/٢).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (٤٠١/١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٣٠٨/١).

(٤) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٢٧/٢).

(٥) المنثور في القواعد (٤٠١/١).

المسألة الثانية: سكوت ولي الصبي المميز إذا رآه يبيع ويشتري: إذن[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا رأى الولي صبيه المميز يبيع ويشتري فسكت، و لم يمنعه من التصرف، فهل يعتبر سكوته رضاً وإذناً في التجارة؟

اختلف الأئمة الأربعة على قولين:

القول الأول: السكوت في هذه الحالة لا يعتبر رضاً وإذناً، وهذا قول عند المالكية[٢]، وقول الشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، وزفر من الحنفية[٥].

القول الثاني: السكوت يعتبر رضاً وإذناً، وهذا قول الحنفية[٦]، وقول عند المالكية[٧].

أدلة القول الأول:

١ – أن الإذن في البيع والشراء شرط، فلا يكفي السكوت كبيع مال غيره وهو ساكت[٨].

٢ – أن السكوت محتمل للرضا، وفرط الغيظ، وقلة الالتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه محجوراً، والمحتمل لا يكون حجة[٩].

دليل القول الثاني:

أن الناس إذا رأوه يتصرف هذه التصرفات والولي ساكت يعتقدون رضاه بذلك،

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨١).

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة (٢/٢٩٥)، منح الجليل (٣/٤٢٦).

(٣) انظر: تحفة المحتاج (٢/٢٩٠)، مغني المحتاج (٢/١٠٠).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٣/٤١٦)، الإنصاف (١٣/٤١٦).

(٥) انظر: العناية على الهداية (٩/٢٨٤).

(٦) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/٣٦٧)، العناية على الهداية (٩/٢٨٤).

(٧) انظر: البهجة في شرح التحفة (٢/٢٩٥)، منح الجليل (٣/٤٢٦).

(٨) انظر: البهجة في شرح التحفة (٢/٢٩٥)، مغني المحتاج (٢/١٠٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٣/٤١٦).

(٩) انظر: العناية على الهداية (٩/٢٨٤).

وإلا لمنعه، فيعاملونه معاملة المأذون، فلو لم يعتبر سكوته رضاً يفضي ذلك إلى الإضرار بهم، فوجب أن يكون سكوته رضاً دفعاً للضرر عنهم[(١)].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول؛ لأن السكوت في هذه الحالة محتمل الرضا والسخط، فلا يصح أن يكون دليلاً للإذن عند الاحتمال.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا رأى الولي موليه يبيع ويشتري فسكت، ولم يمنعه من التصرف، يعتبر سكوته رضاً وإذناً بالتجارة؛ لأن السكوت في معرض الحاجة بيان؛ إذ الناس يعاملون الصبي فالحاجة داعية إلى دفع الضرر عنهم، وكيلا يكون في سكوت الولي تغريراً بالمتعاملين مع الصبي، وعلى هذا القول – وهو قول الحنفية وقول عند المالكية –[(٢)] تكون هذه المسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[(٣)].

وأما على القول الراجح – وهو قول الجمهور –[(٤)] بعدم اعتبار السكوت رضاً وإذناً فإن المسألة غير مندرجة تحت القاعدة ولا متفرعة عنها.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"[(٥)] بناء على

---

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/٣٦٧)، البهجة في شرح التحفة (٢/٢٩٥).

(٢) انظر: ص (٥٤٩).

(٣) انظر: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٢٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/١٦٥).

(٤) انظر: ص (٥٤٩).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١٨١).

رأي الحنفية باعتبار السكوت إذناً ورضاً.

والسبب في الاستثناء هو دفع الضرر عمن يعامله الصبي[١].

والصحيح أن هذه المسألة ليست من مستثنيات القاعدة لعدم اعتبار السكوت رضاً وإذناً على القول الراجح.

* * *

(١) انظر: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٢٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/١٦٥).

المسألة الثالثة: سكوت المشتري إذا علم عيباً في المبيع يبطل خيار العيب[١].

المراد بخيار العيب: "ما أوجب نقصان الثمن عند التجار وعرفت سلامة المبيع منه غالباً"[٢].

وقد وضع الفقهاء – رحمهم الله – ضوابط دقيقة يمكن بواسطتها معرفة العيب الذي يثبت فيه الخيار، وبيانها على النحو التالي:

١ – ضابط العيب عند الحنفية والشافعية: هو الذي تنقص به قيمة المبيع أو يفوت به على المشتري غرض صحيح[٣].

٢ – المالكية قالوا: ضابط العيب الذي يرد به المبيع: هو ما كان منقصاً للثمن أو يكون منقصاً للتصرف أو كان مخوف العاقبة[٤].

٣ – الحنابلة قالوا: ضابط العيب الذي يثبت معه الخيار: هو نقص عين المبيع كخصاء حيوان ولو لم تنقص به القيمة، أو نقص قيمته عادة في عرف التجار ولو لم تنقص عينه[٥].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا علم المشتري عيباً في المبيع ثم سكت فهل يبطل خياره ويعتبر سكوته رضاً بالعيب؟ اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة، وقبل بيان الأقوال أحرر محل التراع.

تحرير محل التراع:

اتفق الأئمة الأربعة على أن مشتري العين المعيبة إذا علم عيبها بعد القبض، ورضي به صريحاً بالقول، أو دلالة بالفعل، سقط بذلك خياره في الرجوع عن العقد[٦]، وذكر

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٣٠).

(٢) خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي للطيار (١١٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٧٤)، مغني المحتاج (٢/٥١).

(٤) انظر: منح الجليل (٢/٦٣١، ٦٣٢).

(٥) انظر: كشاف القناع (٣/٢١٥).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٧٦)، حاشية ابن عابدين (٧/٢٠٧)، مواهب الجليل (٦/٣٥٥)، حاشية=

ابن قدامة أنه قول عامة الفقهاء، فقال: «ولا أعلم فيه مخالفاً»[١].

وأما إذا علم و لم يصدر منه ما يدل على الرضا؛ فإن الأئمة الأربعة اختلفوا على قولين:

القول الأول: أن السكوت بعد العلم بالعيب يبطل الخيار إذا طال، وهذا قول عند الحنفية[٢]، وقول المالكية[٣]، والشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن السكوت لا يبطل الخيار، وهذا هو المذهب عند الحنفية[٦]، والمذهب عند الحنابلة[٧].

أدلة القول الأول:

١ – أن السكوت مع إمكان الرد دليل على الرضا، فأسقط الخيار، كالتصرف في المبيع[٨].

٢ – أن الخيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان فورياً كالشفعة، وكل حق على الفور إذا سُكت عنه مع الإمكان يبطل[٩].

دليل القول الثاني:

١ – أن خيار العيب لدفع الضرر المحقق، فكان على التراخي، كخيار القصاص[١٠].

=الخرشي (٥/٥٠٦)، روضة الطالبين (٣/٨٤٠)، مغني المحتاج (٢/٥٨)، المغني (٦/٢٤٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٢١٠).

(١) المغني (٦/٢٤٩).

(٢) انظر: البحر الرائق (٦/٤١)، حاشية ابن عابدين (٧/٢٠٧).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٦/٣٥٥)، حاشية الدسوقي (٣/١٠٨).

(٤) انظر: نهاية المحتاج (٤/٤٧)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/٢٠٣).

(٥) انظر: المغني (٦/٢٢٦)، الإنصاف (١١/٤١٤).

(٦) انظر: البحر الرائق (٦/٤١)، حاشية ابن عابدين (٧/٢٠٧).

(٧) انظر: المغني (٦/٢٢٦)، الإنصاف (١١/٤١٣).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين (٧/٢٠٧)، حاشية الدسوقي (٣/١٠٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (١١/٤١٤).

(٩) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/١٦٩)، نهاية المحتاج (٤/٤٧).

(١٠) انظر: حاشية ابن عابدين (٧/٢٠٧)، المغني (٦/٢٢٦).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن الأصل في البيع اللزوم، والسكوت مع العلم دليل على الرضا.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا علم المشتري أن في المبيع عيباً ولم يفسخ البيع سقط خياره في الرجوع عن العقد، لأن خيار العيب على الفور وكل حق على الفور إذا سُكت عنه مع الإمكان يبطل[١]، فسكوت المشتري بعد إطلاعه على العيب يُنزَّل منزلة نطقه، فكأن هذا المشتري راضٍ بالعيب؛ لأن السكوت في معرض الحاجة بيان.

فالمسألة – على قول الجمهور – مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[٢].

وأما على القول الثاني فالمسألة غير متفرعة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم[٣]، والجرهزي[٤]، من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول".

والسبب فيما يظهر القياس على خيار الشفعة؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لرفع الضرر عن المال فكان على الفور[٥]، وكل حق على الفور إذا سُكت عنه مع الإمكان يبطل[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/١٦٩).

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٣١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٨١).

(٤) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية (٢/٢٣٠).

(٥) انظر: نهاية المحتاج (٤/٤٧).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/١٦٩).

المسألة الرابعة: سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة، حين قال صاحبه: قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً[١].

تعريف بيع التلجئة:

التلجئة في اللغة: الإكراه والاضطرار[٢].

وفي الاصطلاح: ما يلجأ إليه الإنسان بغير اختياره؛ كأن يلجئ الخوف من سلطان أو عدو إلى الإتيان بأمر باطنه خلاف ظاهره[٣].

وأما بيع التلجئة فهو: "أن يظهر البائع والمشتري بيعاً لم يريداه باطناً، بل أظهراه خوفاً من ظالم ونحوه"[٤].

المقصد الأول: حكم المسألة:

قبل بيان حكم سكوت أحد المتابعين في بيع التلجئة، أبين حكم بيع التلجئة عند الفقهاء.

إذا تواضع المتبايعان في السر لأمر ألجأهما إلى أن يظهرا البيع ولا بيع بينهما حقيقة، وإنما لخوف من ظالم ونحوه، فتبايعا، اختلف الأئمة الثلاثة[٥] في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن البيع باطل، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن[٦]، والوجه الصحيح عند الحنابلة[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٠).

(٢) انظر: الصحاح (٧١/١)، المصباح المنير (٥٥٠/٢).

(٣) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (١٤٩/٣).

(٤) كشاف القناع (١٤٩/٣).

(٥) وأما المالكية فإنهم لم يصرحوا في كتبهم ببيع التلجئة كغيرهم، وإنما ذكروا بيع المكره وأنه لا ينعقد. انظر: مواهب الجليل (٣٧/٦)، حاشية الخرشي (٢٦٨/٥).

(٦) انظر: المبسوط (١٢٢/٢٤)، بدائع الصنائع (١٧٦/٥).

(٧) انظر: المغني (٣٠٨/٦)، كشاف القناع (١٤٩/٣).

القول الثاني: أن البيع صحيح، وهو رواية عن أبي حنيفة[(١)]، وقول الشافعية[(٢)]، ووجه عند الحنابلة[(٣)].

القول الثالث: أن البيع جائز "غير لازم" ويلزم إن أجازاه معاً، وهذا مروي عن محمد بن الحسن من الحنفية[(٤)].

دليل القول الأول:

١ – أن المتبايعين تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة وهو تفسير الهزل، والهزل يمنع جواز البيع، لأنه يعدم الرضا بمباشرة السبب، فلم يكن هذا بيعاً منعقداً[(٥)].

دليل القول الثاني:

١ – أنه لا عبرة بما اتفقا عليه في السر، وإنما العبرة بالعقد الذي أظهراه، ولأن ما شرطاه في السر لم يذكراه في العقد، وإنما عقدا عقداً صحيحاً بشرائطه، فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط، كما إذا اتفقا على أن يشرطا شرطاً فاسداً عند البيع ثم باعا من غير شرط[(٦)].

دليل القول الثالث:

١ – القياس على البيع بشرط خيار المتبايعين، فلا يصح إلا بتراضيهما[(٧)].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأنه لم يوجد الرضا منهما أو من أحدهما،

---

(١) انظر: المبسوط (١٢٢/٢٤)، بدائع الصنائع (١٧٦/٥).

(٢) انظر: المجموع (٣٢٥/٩)، مغني المحتاج (١٦/٢).

(٣) انظر: الفروع (١٧٦/٦)، الإنصاف (١٧/١١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٧٦/٥)، حاشية ابن عابدين (٥٤٣/٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١٧٦/٥)، المغني (٣٠٨/٦).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (١٧٦/٥)، المجموع (٣٢٥/٩).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (١٧٧/٥).

ولأن الحامل على البيع هو الإكراه فلم يصح قياساً على بيع المكره.

وأما مسألة سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة، حين قال صاحبه: قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً، فإن هذه المسألة ترد على القول الثالث القائل: بأن البيع جائز (غير لازم) ويلزم إن أجازاه معاً، وهذا القول مروي عن محمد بن الحسن[١].

وأما على القول بعدم صحة البيع فلا ترد عليه، لأن العقد الفاسد لا ينقلب صحيحاً[٢]، وكذلك لا ترد على القول بصحة البيع (وهو القول الثاني)[٣]، لأنه لا يحتاج إلى تصحيح.

فإذا سكت أحد المتبايعين فإنه يصير صحيحاً عند بعض الحنفية[٤]، لأن في السكوت مع القدرة على الامتناع دلالة على الإذن[٥].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا سكت أحد المتبايعين في بيع التلجئة بأن قال لصاحبه: قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً فإنه يصير كما قال، على قول بعض الحنفية[٦]، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان، وذلك لدلالة حال المتكلم من القدرة على النهي والامتناع، وعلى هذا فالمسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[٧].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٧٦/٥)، حاشية ابن عابدين (٥٤٣/٧).

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات (٣٨٢/٣).

(٣) انظر: ص (٤٥٦).

(٤) انظر: البحر الرائق (١٢٢/٣)، حاشية ابن عابدين (٧١٥/٦).

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٩).

(٦) انظر: ص (٤٥٦).

(٧) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٩).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"[١]، والـــذي يظهر أن سبب الاستثناء القياس على شرط الخيار[٢].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٧٧/٥).

المسألة الخامسة: سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة: إذن[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

قبل بيان حكم سكوت الراهن عند قبض المرتهن هل يعتبر إذناً أو لا؟ أبين القول في اشتراط الإذن في قبض المرتهن الرهن:

ذهب جمهور العلماء إلى اشتراط إذن الراهن في قبض المرتهن الرهن، وهـذا قـول الحنفية[٢]، والمشهور من قول المالكية[٣]، وقول الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

١ – أن الراهن لا يلزمه الإقباض، والرهن ملكه، فلابد من إذنه كالهبة[٦].

٢ – أن للراهن حق الفسخ وعدم الإقباض وليس للمرتهن أن يسقط حقه في ذلك[٧].

أما مسألة سكوت الراهن عند قبض المرتهن الرهن فهل يعتبر إذناً؟

هذه المسألة صرح بها الحنفية[٨]، أما المذاهب الثلاثة فلم أقف على نص لهم، لكن أذكر أقوالهم تخريجاً على مسألة اعتبار السكوت إذناً، وعلى هذا فإن الأئمة الأربعة اختلفوا على قولين:

القول الأول: أن سكوت الراهن عند قبض المرتهن الرهن لا يعتبر إذناً، وهذا هو أظهر القولين عند المالكية[٩]، وقول الشافعية[١٠]، والحنابلة[١١].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٣٨/٦)، حاشية ابن عابدين (٧٣/١٠).

(٣) انظر: جواهر الإكليل (٨٢/٢)، منح الجليل (٨٧/٣).

(٤) انظر: المهذب (٣١٢/١)، مغني المحتاج (١٢٨/٢).

(٥) انظر: المغني (٤٤٩/٦)، كشاف القناع (٣٣١/٣).

(٦) انظر: المغني (٤٤٩/٩).

(٧) انظر: المهذب (٣١٢/١).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (١٣٨/٦)، البحر الرائق (١٢٣/٣).

(٩) انظر: مواهب الجليل (٢٢٨/٧)، البهجة في شرح التحفة (٢٣/٢).

(١٠) انظر: المهذب (٢٢٠/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٧/١).

(١١) انظر: المغني (٤٠٨/٩)، كشاف القناع (٤٥٨/٣).

القول الثاني: أن السكوت يعتبر إذناً بالقبض، وهذا قول الحنفية[١]، وقول عند المالكية[٢].

دليل القول الأول:

١ – أن اللسان هو المُعبر عما في القلب، وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن[٣]، والساكت لا ينسب له قول[٤].

دليل القول الثاني:

١ – الاستحسان، ووجه الاستحسان: أن الإقدام على الإيجاب عند العقد فيه دلالة على الإذن بالقبض[٥]، ثم إن سكوته عند القبض مع قدرته على النهي يدل كصريح القول على الإذن[٦].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن الساكت لا ينسب إليه قول، والسكوت ليس من وسائل التعبير عن الرضا.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا سكت الراهن عند قبض المرتهن الرهن، فإن سكوته إذن عند الحنفية، لأن سكوته في معرض الحاجة إلى البيان، وذلك لوجود تعامل سابق بين الراهن والمرتهن وهو عقد الرهن.

فإذا قبض المرتهن المرهون بعد العقد، واقترن هذا القبض بسكوت الراهن اعتبر هذا

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٣٨/٦)، البحر الرائق (١٢٣/٣).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٢٢٨/٧)، البهجة في شرح التحفة (٢٣/٢).

(٣) انظر: المغني (٤٠٧/٩، ٤٠٨).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٧/١).

(٥) بدائع الصنائع (١٣٨/٦).

(٦) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٩).

السكوت إذناً بالقبض، وعلى هذا القول فإن المسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"(١).

وأما على قول الجمهور فإن المسألة غير مندرجة تحت القاعدة لعدم اعتبار السكوت إذناً.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"(٢)، ولم يذكر سبب الاستثناء، لكن قد يقال: إن السبب هو الاستحسان، وذلك أن الإقدام على الإيجاب عند العقد فيه دلالة على الإذن بالقبض، فإذا سكت مع قدرته على النهي دل على الإذن(٣).

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٣٨/٦)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٩).

المسألة السادسة: سكوت الوكيل: قبول ويرتد برده.

تعريف الوكالة:

الوكالة في اللغة: من وكلت الأمر إليه وَكْلاً ووكولاً فوضته إليه واكتفيت به، والوكيل فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه ويكون بمعنى فاعل أي: حافظ، والتوكل على الله الاعتماد عليه[١].

وفي الاصطلاح: "استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة"[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أن القبول من الوكيل واقع نافذ لفظاً بقول الوكيل: قبلت، أو رضيت، أو سأفعل ونحوه من الألفاظ الدالة على معنى القبول[٣].

واتفقوا على أن القبول كما يحصل تلفظاً يحصل القبول بالفعل بمباشرة الوكيل فعل ما وكل فيه دون صدور تلفظ منه[٤]، لأن الذين وكلهم النبي ﷺ لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره[٥].

وأما إذا قال شخص لآخر: وكلتك في بيع أرضي هذه فسكت الآخر، اختلف الأئمة الأربعة على قولين:

القول الأول: أن السكوت لا يعتبر قبولاً، وهذا قول المالكية[٦]، والشافعية[٧]،

---

(١) انظر: مقاييس اللغة (١٣٦/٦)، المصباح المنير (٦٧٠/٢).

(٢) كشاف القناع (٤٦١/٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٠/٦)، مواهب الجليل (١٧٣/٧)، مغني المحتاج (٢٢٢/٢)، المغني (٢٠٣/٧).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

(٥) انظر: المغني (٢٠٤/٧).

(٦) انظر: مواهب الجليل (١٧٤/٧).

(٧) انظر: مغني المحتاج (٢٢٢/٢).

والحنابلة[١].

القول الثاني: أن السكوت يعتبر قبولاً، وهذا قول الحنفية[٢].

دليل القول الأول:

أن القبول إنما يكون بالقول أو الفعل[٣]، والسكوت لا دلالة فيه على الإرادة.

دليل القول الثاني:

١ – أن السكوت دليل القبول عادة[٤]؛ لأن الرافض لشيء لا يسكت إذا أسند إليه[٥].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن السكوت المجرد لا يكون قبولاً، ولا دلالة فيه على الإرادة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا قال شخص لآخر: وكلتك في بيع أرضي هذه، فسكت الآخر، فإن هذا السكوت يدل على قبول الوكالة عند الحنفية، وبحسب قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"، فإن المسألة مندرجة تحت القاعدة لدلالة الحال؛ لأن الرافض لشيء لا يسكت إذا أسند إليه.

وأما على قول الجمهور بعدم اعتبار سكوت الوكيل قبولاً، فإن المسألة غير مندرجة تحت القاعدة، وهو الراجح، قال الزرقاء: "قد فرعوا على قولهم: (السكوت في معرض الحاجة بيان)، مسائل لا يظهر تفريعها لعدم نيابة السكوت فيها عن القبول... فمن ذلك

---

(١) انظر: المغني (٧/٢٠٤).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٦/٢٢٥)، البحر الرائق (٨/٥٥١).

(٣) انظر: المغني (٧/٢٠٤).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٦/٢٢٥).

(٥) انظر: الوكالة في الفقه الإسلامي لطالب مقبل (٥٠).

قولهم: سكوت الوكيل قبول للوكالة"[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"[٢]، وقد علل ذلك في البحر الرائق بقوله: «لو قال لآخر: وكلتك بيع هذا فسكت صار وكيلاً؛ لأن سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة»[٣]، فجعل العادة السبب في اعتبار السكوت، لأن الرافض لشيء لا يسكت إذا أسند إليه.

وهذا على القول بالاستثناء، لكن الصواب أن المسألة ليست مستثناة من القاعدة ولا متفرعة منها لعدم اعتبار السكوت قبولاً على القول الراجح[٤]، وإنما هي متفرعة من الشطر الأول من القاعدة.

* * *

(١) شرح القواعد الفقهية (٣٤١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٠).

(٣) البحر الرائق (٨/١٥٥).

(٤) انظر: ص (٤٦٣).

المسألة السابعة: سكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد العلم والإمكان، فإن سكوته يعد إسقاطاً للشفعة[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اتفق الأئمة الأربعة على أن سكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع والثمن يعد رضاً بالعقد وإقراراً بالتنازل عن الشفعة، فيسقط حقه عن طلب الشفعة[٢].

وفي كل مذهب تفصيل في هذه المسألة:

فعند الحنفية: يلزم الشفيع أن يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال، ثم يطلب الإشهاد، فإن سكت وأخر الطلب يسقط حق شفعته[٣].

وعند المالكية: لا يشترط عندهم الطلب فوراً، لكنهم قالوا: إن سكت الشفيع، مع علمه بهدم أو بناء في الأرض من قبل المشتري، ولو لإصلاح، أو سكت بلا مانع شهرين إن حضر العقد تسقط الشفعة، وإلا فتسقط بحضوره في البلد ساكتاً بلا عذر سنة، فإذا مضت السنة، وهو حاضر في البلد ساكت بلا مانع فلا شفعة له[٤].

وعند الشافعية: الشفعة على الفور، لأنها حق ثبت لدفع الضرر، فكان على الفور كرد المبيع، وإذا كان مريضاً أو غائباً أو خائفاً من عدو فليوكل إن قدر، وإلا فليشهد على الطلب، وإلا بطل حقه في الأظهر لتقصيره، ولإشعار السكوت مع التمكن من الإشهاد بالرضا[٥].

وعند الحنابلة: المطالبة بالشفعة على الفور ساعة علمه بالبيع، فإن اشتغل بعد العلم

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٠)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٣٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/١٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٠)، حاشية الخرشي (٧/٨٥)، حاشية الدسوقي (٣/٤٣٤)، روضة الطالبين (٤/١٨٨)، مغني المحتاج (٢/٣٠٧)، المغني (٧/٤٥٣)، كشاف القناع (٤/١٤٠، ١٤١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/١٨).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٤٣٤).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٢/٣٠٧).

بكلام آخر، أو سلم على المشتري ثم سكت لغير حاجة بطلت الشفعة لفوات شرطها وهو الفور[١].

وبعد هذا التتبع المختصر عند المذاهب الأربعة لمسألة سكوت الشفيع عن طلب الشفعة: وجدنا أن الشفعة ثبتت لدفع الضرر عن الشفيع، ومع ذلك فينبغي دفع الضرر عن المشتري أيضاً.

وقد قال أكثرهم: «الحنفية، والأظهر عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة» أن طلب الشفعة على الفور[٢].

وقال بعضهم: «المالكية، وقول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة» على التراخي[٣].

والراجح أن طلبها على الفور دفعاً للضرر عن الشفيع والمشتري، للأدلة التالية:

١ – حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (الشفعة كَحَلِّ العقال)[٤].

٢ – أن الشفعة خيار لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب[٥].

٣ – أن إثبات الشفعة على التراخي يضر المشتري، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع، ويمنعه من التصرف بعمارة، خشية أخذه منه[٦].

وأما الأدلة على اعتبار السكوت رضاً:

١ – أن السكوت إذا لم يجعل تسليماً للشفعة كان تغريراً للمشتري وإضراراً به:

---

(١) انظر: كشاف القناع (١٤٠/٤ – ١٤٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٨/٥)، مغني المحتاج (٣٠٧/٢)، كشاف القناع (١٤٠/٤).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٤٣٤/٣)، مغني المحتاج (٣٠٧/٢)، كشاف القناع (١٤٠/٤).

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة رقم (٢٥٠٠)، والبزار في مسنده، رقم (٥٤٠٥)، قال ابن حجر في تلخيص الحبير (١٢٥/٣): أخرجه ابن ماجه والبزار من حديث ابن عمر بلفظ (لا شفعة لغائب ولا لصغير والشفعة كحل العقال)، وإسناده ضعيف جداً، وضعفه الألباني في ضعيف سنن ابن ماجه، برقم (٢٥٠٠).

(٥) انظر: المغني (٤٥٤/٧).

(٦) انظر: المرجع السابق.

إما بامتناعه عن التصرف أو بنقض الشفيع تصرفه إذا تصرف[١].

٢ - أن كل حق على الفور إذا سُكِتَ عنه مع الإمكان بطل: ومنها الشفعة[٢].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا سكت الشفيع حين علم بالبيع، فإنه يعتبر إسقاطاً للشفعة، لأن سكوته في معرض الحاجة، إذ يلزم في هذا الموطن الكلام لدفع الغرر والضرر عن المشتري.

وعلى هذا فإن المسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[٣].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم[٤]، والجرهزي الشافعي[٥]، من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول".

وسبب الاستثناء الضرورة لدفع الضرر عن المشتري[٦]، إذ لو لم يجعل سكوت الشفيع إسقاطاً كان تغريراً للمشتري وإضراراً به: إما بامتناعه عن التصرف، أو بنقض الشفيع تصرفه إذا تصرف في المبيع[٧].

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٤٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٦٩/٢).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٤٠)، شرح المجلة للأتاسي (١٨٢/١).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٠).

(٥) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية (٢٣٠/٢).

(٦) انظر: شرح المجلة للأتاسي (١٨٢/١).

(٧) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٤٠).

المسألة الثامنة: سكوت الموقوف عليه: قبول ويرتد برده[١].

تعريف الوقف:

الوقف في اللغة: مصدر وقف بمعنى الحبس، يقال: وقفت وقفاً أي حبسته[٢].

وفي الاصطلاح: "تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة"[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة:

قبل بيان أن سكوت الموقوف عليه هل يعتبر قبولاً؟ أبين أقوال الأئمة الأربعة في اشتراط قبول الموقوف عليه: اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الوقف لا يشترط له القبول مطلقاً سواء أكان الموقوف عليه معيناً أم غير معين، وهذا قول عند الشافعية[٤]، والمذهب عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الوقف على غير معين كالمساكين والفقراء لا يشترط فيه قبول الموقوف عليه، وأما إذا كان الوقف على معين فإنه يشترط، وهذا قول الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، والمعتمد عند الشافعية[٨]، ووجه عند الحنابلة[٩].

أدلة القول الأول:

١ – أن الوقف على غير المعين لا يشترط فيه القبول باتفاق فكذلك المعين، لأنه

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٠).

(٢) انظر: لسان العرب (٤٥/٦)، القاموس المحيط (٢٠٥/٣).

(٣) المقنع مع الإنصاف والشرح الكبير (٣٦١/١٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣٨٩/٤)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢).

(٥) انظر: المغني (١٨٩/٦)، كشاف القناع (٢٥٢/٤).

(٦) انظر: الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي (٢٠)، حاشية ابن عابدين (٥٢٥/٦).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٦٤٨/٧)، حاشية الخرشي (٣٨٥/٧).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٣٨٩/٤)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢).

(٩) انظر: المغني (١٨٧/٨)، الإنصاف (٤٠٢/١٦).

أحد نوعي الوقف[١].

٢ – أن الوقف إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث، فلم يعتبر فيه القبول كالعتق، وبهذا فارق الهبة والوصية[٢].

أدلة القول الثاني:

١ – الدليل على عدم الاشتراط في غير المعين: أنه لو قيل باشتراط القبول من كل مسكين أو فقير لامتنع صحة الوقف عليهم[٣].

٢ – الدليل على الاشتراط في المعين: أن الوقف تبرع لآدمي معين فكان من شرطه القبول؛ كالهبة، والوصية[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، وذلك لحديث أنس بن مالك ﷺ (أن أبا طلحة[٥] قال لما نزلت هذه الآية: ﴿ لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾[٦]: يا رسول الله إن أحب أموالي إلي بيرحاء[٧] وإنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله قال: فقال رسول الله ﷺ: بخ، ذلك مال رابح، ذلك مال رابح، وقد سمعت ما قلت: وإني أرى أن تجعلها في الأقربين، فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه[٨].

---

(١) انظر: المغني (١٨٧/٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٨٩/٤).

(٣) انظر: كشاف القناع (٢٥٢/٤).

(٤) انظر: المغني (١٨٨/٦، ١٨٩).

(٥) أبو طلحة: زيد بن سهل بن الأسود بن حرام بن النجار الأنصاري الخزرجي، من فضلاء الصحابة، شهد بدراً وكان يرمي بين يدي رسول الله ﷺ يوم أحد، توفي سنة (٥٠هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (٢٧/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (٢٨/٣).

(٦) سورة آل عمران، الآية (٩٢).

(٧) قال ابن الأثير: "هذه اللفظة كثيراً ما تختلف ألفاظ المحدثين فيها، فيقولون: بيرحاء، بفتح الباء وكسرها، وبفتح الراء وضمها والمد فيها، وبفتحها والقصر، وهي اسم مال، وموضع بالمدينة" (النهاية ١/١١٤).

(٨) أخرجه البخاري واللفظ له في كتاب الوصايا، باب إذا وقف أرض و لم يبين الحدود فهو جائز، وكذلك=

فظاهر من الحديث أن الوقف لا يحتاج في انعقاده إلى قبول الموقوف عليهم[١]، إذ لم يصدر من الموقوف عليهم قبول.

وأما مسألة هل يعتبر سكوت الموقوف عليه قبولاً؟

هذه المسألة صرح بها الحنفية و لم أقف على قول صريح عند المذاهب الثلاثة، ولذا أخرجها على قولهم في السكوت هل يعتبر قبولاً؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن سكوت الموقوف عليه لا يعتبر قبولاً، وهذا قول المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، وقول بعض الحنفية[٥].

القول الثاني: أن سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده، وهذا قول الحنفية[٦].

دليل القول الأول:

١ – أن الساكت لا ينسب له قول[٧]، والقبول لابد فيه من القول أو الفعل، ولا يكتفي فيه بعدم الرد، لأن هذا هو المعهود في مثله من التصرفات[٨].

دليل القول الثاني:

١ – أن شرط انتقال الوقف هو عدم الرد، والسكوت من غير رد قبول يكتفي به[٩].

=الصدقة، رقم (٢٧٦٩)، ومسلم في كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين، رقم (٩٩٨).

(١) انظر: فتح الباري (٣٩٧/٥).

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة (٢٥٤/١).

(٣) انظر: المجموع (٣٤١/١٤).

(٤) انظر: المغني (٤١٨/٨، ٤١٩).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (٧١٥/٦، ٧١٦).

(٦) انظر: البحر الرائق (١٢٢/٣)، حاشية ابن عابدين (٧١٥/٦، ٧١٦).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٧/١).

(٨) انظر: المجموع (٣٤١/١٤)، المغني (٤١٨/٨، ٤١٩).

(٩) انظر: الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي (٢٠).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن السكوت المجرد، وعدم الرد لا يعتبر قبولاً، لأن القبول إنما يكون باللفظ أو ما يقوم مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

السكوت يعتد به عند الحنفية إذا كان في معرض الحاجة، وذلك إذا اقترنت به ملابسات تدل على ذلك ومنها: الحالات التي تمحض فيها السكوت لمنفعة من وُجّه إليه، فيدخل في ذلك سكوت الموقوف عليه، فيعتبر سكوته قبولاً.

وبهذا تكون المسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[1].

وأما على قول الجمهور فإنها غير مندرجة تحت القاعدة، قال الزرقاء عن هذه المسألة: «لا يظهر تفريعها لعدم نيابة السكوت فيها عن القبول»[2].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"[3]، ولم يظهر لي سبب الاستثناء، وإن كان القول الصحيح عدم الاستثناء لعدم نيابة السكوت عن القبول.

* * *

---

(١) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٥٣).

(٢) شرح القواعد الفقهية (٣٤٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٠).

المسألة التاسعة: سكوت الواهب عند قبض الموهوب له الهبة: إذن[١].

تعريف الهبة:

الهبة في اللغة: من وهبت لزيد مالاً أهبه له أي: أعطيته بلا عوض[٢].

وفي الاصطلاح: "التبرع بتمليك ماله المعلوم الموجود في حياته غيره"[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة:

قبل بيان حكم سكوت الواهب عند قبض الموهوب له الهبة هل يعتبر إذناً؟ أبين القول في اشتراط إذن الواهب في قبض الموهوب له الهبة.

ذهب جمهور العلماء إلى اشتراط إذن الواهب في قبض الموهوب له الهبة، وهذا قول عند الحنفية[٤]، وقول عند المالكية[٥]، وقول الشافعية[٦]، والحنابلة[٧].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

١ - أن القبض تصرف في ملك الواهب، إذ إن ملكه قبل القبض باقٍ فلا يصح بدون إذنه[٨].

٢ - أن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه[٩].

وأما مسألة سكوت الواهب عند قبض الموهوب له الهبة هل يعتبر إذناً؟

هذه المسألة صرح الحنفية بالقول أن سكوت الواهب إذن[١٠]، وأما المذاهب الثلاثة فلم يذكروها، فتُخرج على مسألة هل السكوت يعتبر إذناً؟ وقد سبق بيانها في مسألة سكوت الراهن عند قبض المرتهن وما قيل هناك يقال هنا[١١].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٠).

(٢) انظر: المصباح المنير (٢/٦٧٣).

(٣) الروض المربع (٢/٤٨٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/١٢٣)، العناية على الهداية (٩/٢١).

(٥) انظر: حاشية الخرشي (٧/٤١١)، منح الجليل (٣/٨٨).

(٦) انظر: المجموع (١٤/٢٨٣)، مغني المحتاج (٢/٤٠٠).

(٧) انظر: المغني (٨/٢٤٢)، شرح منتهى الإرادات (٤/٣٩٦).

(٨) انظر: العناية على الهداية (٩/٢١).

(٩) انظر: المجموع (١٤/٢٨٣)، المغني (٨/٢٤٢).

(١٠) انظر: البحر الرائق (٣/١٢٢)، حاشية ابن عابدين (٦/٧١٥).

(١١) انظر: ص (٤٥٩).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا سكت الواهب عند قبض الموهوب له الهبة، فإن سكوته إذن عند الحنفية؛ لأن سكوته في معرض الحاجة إلى البيان، وذلك لوجود تعامل سابق بين الواهب والموهوب له وهو عقد الهبة.

فإذا قبض الموهوب له الهبة بعد العقد، واقترن هذا القبض بسكوت الواهب اعتبر هذا السكوت إذناً بالقبض، وعلى هذا القول فإن المسألة مندرجة تحت قاعدة "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[١].

وأما على قول الجمهور من عدم اعتبار السكوت إذناً فإن المسألة غير مندرجة تحت القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"[٢]، و لم أقف على سبب الاستثناء عنده، لكن قد يقال: أن سبب الاستثناء هو الاستحسان، وذلك أن الإقدام على الإيجاب عند العقد فيه دلالة على الإذن بالقبض، فإذا سكت عند القبض مع قدرته على النهي دل كصريح القول على الإذن[٣].

* * *

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٢٤/٦)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٩).

المسألة العاشرة: سكوت المتصدق عليه: قبول[١].

تعريف الصدقة:

الصدقة في اللغة: ما يعطى على وجه القربى لله[٢].

وفي الاصطلاح: "تمليك في الحياة بغير عوض، تقرباً إلى الله تعالى"[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة:

قبل بيان هذه المسألة، أبين أقوال العلماء في ملك الصدقة هل هو بالقبول أو بالقبض؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الصدقة من عقود التبرعات، التي لا تتم ولا تملك إلا بالقبض، فلا يشترط الإيجاب والقبول بل يكفي القبض ويكون كالقبول، وهذا قول الحنفية[٤]، والصحيح عند الشافعية[٥]، وقول الحنابلة[٦]، وبعض المالكية[٧].

قال الكاساني: «القبض شرط جواز الصدقة، لا تملك قبل القبض، عند عامة العلماء»[٨].

القول الثاني: أن الصدقة تملك بالقبول، وهذا هو المشهور عند المالكية[٩]، وقول

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٠).

(٢) انظر: لسان العرب (١٠/١٩٦)، القاموس المحيط (٣/٢٥٣).

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة (١٧/٦).

(٤) انظر: المبسوط (١٢/٤٨)، بدائع الصنائع (٦/١٢٣).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٤/٤٢٨)، نهاية المحتاج (٥/٤٠٨).

(٦) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١١/١٤)، الفروع (٧/٤٢٤).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٦/٢٦٢)، منح الجليل (٢/٥٨٣).

(٨) بدائع الصنائع (٦/٢٢٣).

(٩) انظر: حاشية العدوي على حاشية الخرشي (٧/٤١١)، الفواكه الدواني (٢/٢١٦).

عند الشافعية[١].

أدلة القول الأول:

١ – حديث أبي هريرة ﷺ قال: (كان رسول الله ﷺ إذا أتي بطعام سأل عنه أهدية أم صدقة؟، فإن قيل: صدقة قال لأصحابه: كلوا، و لم يأكل، وإن قيل: هدية ضرب بيده فأكل معهم)[٢].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أكل من الهدية وأصحابه أكلوا من الصدقة و لم ينقل قبول ولا أمر بإيجاب، وفي هذا دلالة على أن القبول ليس بشرط[٣].

٢ – لو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك، ولكانت أكثر العقود فاسدة وأكثر أموالهم محرمة[٤].

دليل القول الثاني:

١ – القياس على الهبة فإنه يشترط فيها الإيجاب والقبول فكذلك الصدقة[٥].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لجريان عادة الصحابة مع النبي ﷺ وسلف الأمة بذلك.

وأما مسألة سكوت المتصدق عليه فهل يعتبر قبولاً؟

من خلال بيان أقوال العلماء في ملك الصدقة هل يكون بالقبض أو بالقبول تبين الآتي:

١ – الجمهور (الحنفية، والصحيح عند الشافعية، والحنابلة، وبعض المالكية) أن

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٤٢٨)، نهاية المحتاج (٥/٤٠٨).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الهبة، باب قبول الهدية رقم (٢٥٧٦).

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١١/١٥).

(٤) انظر المرجع السابق.

(٥) انظر: نهاية المحتاج (٥/٤٠٨).

القبول ليس بشرط في الصدقة، وإنما يشترط القبض، وبحصوله يملك المتصدق عليه الصدقة، وعلى هذا فلا اعتبار بالسكوت.

٢ – وعلى القول الثاني (المالكية وقول عند الشافعية) بأنه لابد من القبول، فقد صرحوا بأن القبول لابد أن يكون بالقول[١].

٣ – ورد عن بعض الحنفية القول باعتبار السكوت قبولاً[٢]، ولكن هذا القول مرجوح لمخالفته قول عامة العلماء، ولأن القبول ليس بشرط في الصدقة.

وبهذا يتبين أن السكوت لا يعتبر قبولاً والله أعلم.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

السكوت يعتد به عند الحنفية إذا كان في معرض الحاجة، وذلك إذا اقترنت به ملابسات تدل على ذلك ومنها: الحالات التي تمحض فيها السكوت لمنفعة من وُجِّه إليه، فيدخل في ذلك عند بعض الحنفية سكوت المتصدق عليه، فيعتبر قبولاً[٣]، وعلى هذا القول تكون المسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[٤].

وأما على قول الجمهور فإن المسألة غير مندرجة تحت القاعدة لاشتراط القبض عند كثير منهم، أو القبول باللفظ عند الآخرين[٥].

لذا فإنه لا يظهر تفريعها؛ لأن الصدقة لا تحتاج إلى القبول، ويكفي فيها الإيجاب وقبض المتصدق عليه[٦].

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير (١٠١/٤)، روضة الطالبين (٤٢٨/٤).

(٢) انظر: البحر الرائق (١٢٢/٣)، حاشية ابن عابدين (٧١٥/٦).

(٣) انظر: البحر الرائق (١٢٢/٣)، حاشية ابن عابدين (٧١٥/٦).

(٤) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١٥٣).

(٥) انظر: ص (٤٧٤).

(٦) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٤٢).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"[(١)]، و لم يذكر سبب الاستثناء، ويمكن أن يقال أن السبب المشقة الكبيرة التي تلحق المتصدق، والمتصدق عليه إذا كان القبول مشروطاً.

والقول الصحيح عدم الاستثناء لعدم حاجة الصدقة إلى القبول.

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٠).

المسألة الحادية عشرة: سكوت البكر عند استئذان وليها لها بالتزويج، فإن سكوتها يعد قبولاً بالخاطب[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

"لا خلاف بين العلماء في استحباب استئذان البكر، فإن النبي ﷺ قد أمر به، ونهى عن النكاح بدونه، وأقل أحوال ذلك الاستحباب، ولأن فيه تطييب قلبها، وخروجاً من الخلاف"[٢].

قالت عائشة رضي الله عنها: (سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها، أتستأمر أم لا؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم، تستأمر) [٣].

وأما سكوت البكر عند استئذانها للنكاح فإن الأئمة الأربعة متفقون على أن سكوت البكر عند استئذانها للنكاح رضاً وإذناً[٤].

وفي وجه عند الشافعية مقابل الأصح أن سكوت البكر إذن إذا كان وليها الأب أو الجد فقط[٥].

والأدلة على ذلك:

١ – حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (يا رسول الله إن البكر تستحي قال: رضاها صماتها) [٦].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١/٤٠١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣١)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٢٥).

(٢) المغني (٩/٤٠٥).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره، رقم (٦٩٤٦)، ومسلم في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم (١٤٢٠).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٤٢)، شرح فتح القدير (٣/٢٩٤)، مواهب الجليل (٥/٦٣) ،حاشية الخرشي (٤/١٥٨)، روضة الطالبين (٥/٤٠٢)، مغني المحتاج (٣/١٥٠)، المغني (٩/٤٠٨)، كشاف القناع (٥/٤٦).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٥/٤٠١، ٤٠٢)، مغني المحتاج (٣/١٥٠).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما، رقم (٥١٣٧)، ومسلم في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم (١٤٢٠).

٢ – حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن فقالوا: يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: أن تسكت)[١].

٣ – حديث عبد الله بن عباس ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن، وإذنها صماتها)[٢].

٤ – الإجماع:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية ﷺ في معرض الرد على قول الشافعية في تخصيص الأب والجد: «وهذا مخالف لإجماع المسلمين قبلهم؛ ولنصوص رسول الله ﷺ؛ فإنه قد ثبت بالسنة الصحيحة المستفيضة؛ واتفاق الأئمة قبل هؤلاء أنه إذا زوج البكر أخوها أو عمها فإنه يستأذنها؛ وإذنها صماتها»[٣].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إن سكوت البكر عند استئذان وليها لها بالتزويج، يعتبر إذناً وإجازة لدلالة الحال، لأن حالتها وهي استحياؤها من إظهار الرغبة في الرجال، لا من إظهار عدمها تدل على أن سكوتها مع إمكان تصريحها بالرد والحياء يمنعها؛ بيان وإفصاح، وبهذا التوجيه فإن المسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، رقم (٥١٣٦)، ومسلم في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم (١٤١٩).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم (١٤٢١).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٢/٢٤).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٨)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٢٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/١٦٢).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي[(١)]، وابن نجيم[(٢)]، من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"، فسكوت البكر في الإذن في النكاح إذا استأذنها وليها، يعتبر إذناً بالعقد استناداً إلى دلالة العادة والعرف، لأن المعتاد من أمثالها الاستحياء عن إظهار الرغبة، لا عن الرفض.

فالسبب في اعتبار السكوت ما ورد في السنة النبوية من مراعاة العرف والعادة ومن ذلك:

١ – حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (يا رسول الله إن البكر تستحي قال: رضاها صماتها)[(٣)].

٢ – حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها)[(٤)].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٦٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٠).

(٣) تقدم تخريجه ص (٤٧٨).

(٤) تقدم تخريجه ص (٤٧٩).

المسألة الثانية عشرة: سكوت المدعى عليه حين طلب الحاكم منه الجواب عن دعوى المدعي بلا عذر، يعد إنكاراً للدعوى[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا رفع المدعي الدعوى إلى القاضي، وتوافرت فيها شروط الصحة، فإن القاضي يسأل المدعى عليه: هل صحيح ما ادعاه المدعي؟

فهنا إما أن يقر المدعى عليه بالدعوى فيقضى عليه، وإما أن ينكر، والإنكار قد يكون صراحة، أي باللفظ كقوله: ليس له عندي ما يدعيه، وقد يكون دلالة أي بالسكوت.

فإذا سكت المدعى عليه عن الجواب بلا عذر فهل يعد سكوته إنكاراً؟

اختلف الأئمة الأربعة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن السكوت عن الجواب يعد إنكاراً، وهذا قول الحنفية[٢]، والشافعية[٣].

القول الثاني: أن السكوت عن الجواب لا يدل على شيء، فلابد من الإقرار أو الإنكار، وإلا يحبس ويؤدب حتى يجيب، فإن استمر بعد الحبس والضرب على عدم الجواب حكم عليه، وهذا قول المالكية[٤]، وبعض الحنفية[٥]، ووجه عند الحنابلة[٦].

القول الثالث: أن السكوت عن الجواب يعد نكولاً يقضى به عليه، وهذا هو المذهب عند الحنابلة[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٨/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٢٥/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٥/٦، ٢٢٦)، حاشية ابن عابدين (٢٨٨/٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢٩٩/٨)، مغني المحتاج (٤٦٨/٤).

(٤) انظر: تبصرة الحكام (١٤٠/١)، حاشية الدسوقي (١٣٤/٤).

(٥) انظر: شرح فتح القدير (١٦٩/٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢).

(٦) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤٤٦/٢٨)، الإنصاف (٤٤٦/٢٨).

(٧) انظر: الإنصاف (٤٤٦/٢٨)، كشاف القناع (٢٤٠/٦).

دليل القول الأول:

١ - أن العاقل لا يسكت عن إظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه، وقد يسكت عن إظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه، فكان حمل السكوت على الإنكار أولى[١].

دليل القول الثاني:

لم أقف على دليل لهم، ولكن يمكن أن يقال: إن السكوت لا دلالة فيه على الإقرار أو الإنكار، والحكم لا يكون إلا بواحد منهما.

دليل القول الثالث:

القياس على اليمين؛ لأنه ناكل لما توجه عليه الجواب، فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين[٢].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول، لأن في هذا دفعاً للضرر عن المدعي بتأخير حقه، وتمكيناً له بإثبات حقه بالبينة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا سأل القاضي المدعى عليه عما يقول في دعوى المدعي، فأصر على السكوت، فإنه يعد منكراً للدعوى ويكلف المدعي بالإثبات، وذلك لأن سكوته في معرض الحاجة، فالسكوت في هذا الموطن في حكم البيان والتعبير وذلك لدفع الضرر عن المدعي، وعلى هذا فالمسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٢٥، ٢٢٦).

(٢) انظر: كشاف القناع (٦/٣٤٠).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٤٠).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي[(١)]، وابن نجيم[(٢)]، من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول" والسبب في ذلك الضرورة لدفع الضرر عن المدعي، لأن توقف سير المحاكمة على كلام المدعى عليه يضر المدعي[(٣)].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٠٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٢).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٤٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/١٦٥).

المسألة الثالثة عشرة: سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد: تعديل(١).

تعريف التزكية:

التزكية في اللغة: مصدر زكى، يقال زكّى فلان فلاناً: إذا نسبه إلى الزكاء، وهو الصلاح، وزكا الرجل يزكو: إذا صلح فهو زكي(٢).

وفي الاصطلاح: "تعديل الشهود"(٣).

حكم التزكية:

التزكية عند جمهور العلماء واجبة في كل الأمور، لكن ذلك مشروط بما إذا لم يعرف القاضي حال الشهود، فإن عرف عدالتهم فلا حاجة إلى التزكية، وإن عرف أنهم مجروحون رد شهادتهم(٤).

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا سُئل المزكي عن الشاهد فسكت، فهل يعتبر ذلك تعديلاً؟

اتفق الأئمة الأربعة على أن التزكية لا تكون إلا بالقول للقادر على الكلام(٥)؛ لقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾(٦)، والشهادة لا تكون إلا بالقول.

وأما ما ذكره ابن نجيم في الأشباه من أن سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢).

(٢) انظر: المصباح المنير (٢٥٤)، القاموس المحيط (٣٣٩/٤).

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٣٨/١١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢٧٠/٦)، تبصرة الحكام (٢١٩/١)، حاشيتي قليوبي وعميره (٣٠٦/٤)، المغني (٦٣/٩، ٦٤).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١١/٧)، البحر الرائق (٦٤/٧)، مواهب الجليل (١٧٣/٨)، حاشية الدسوقي (١٥١/٤)، روضة الطالبين (١٥٦/٨)، مغني المحتاج (٤٠٤/٤)، المغني (٤٧/١٤)، شرح منتهى الإرادات (٥٣٥/٦).

(٦) سورة الطلاق، الآية (٢).

تعديل[1]، فقد اعتذر عنه بعض الحنفية فقالوا: «بأن قول صاحب الأشباه سكوت المزكي عند السؤال عن الشاهد تعديل مقيد بكونه من أهل العلم والصلاح»[2].

وقد ذكر بعض الحنفية أن سكوت المزكي جرح، قال علي حيدر: «وقد عُد ذلك السكوت جرحاً، لأن المزكي لو كان يعلم عدالة الشاهد فلا يسكت بل كان يخبر بعدالة الشاهد، فما دام أنه سكت فقد عُد سكوته جرحاً»[3].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – قول الأئمة الأربعة بأن التزكية لا تكون إلا بالقول، وأن السكوت غير معتبر، لأن التزكية شهادة والشهادة لا تكون إلا بالقول.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد تعديل إذا كان عالماً، لأن حالته الدينية تدل على أنه لو لم يكن عدلاً لما سكت عنه، وعلى هذا القول تكون المسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[4].

وأما على القول الصحيح فإن السكوت غير معتبر في التزكية، وبهذا تكون المسألة غير متفرعة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"[5]، ولم يذكر سبب الاستثناء، ويمكن أن يقال: العرف هو السبب للاستثناء باعتبار أن السكوت من أهل العلم والصلاح تعديل عرفاً.

---

(١) انظر: ص (١٨٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٧١٩/٦).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٩٧/١٥).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٣٩).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٢).

المسألة الرابعة عشرة: سكوت المقر له: قبول للإقرار[١].

تعريف الإقرار:

الإقرار في اللغة: الاعتراف والثبوت والاستقرار[٢].

وفي الاصطلاح: "إخبار عن حق ثابت على المخبر"[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة:

الإقرار ليس بعقد حتى تتكون صيغته من إيجاب وقبول، وإنما هو تصرف قولي والتزام من جانب المقر وحده، فليس القبول شرطاً لصحة الإقرار، لكنه يرتد بالرد، والملك يثبت للمقر له، بلا تصديق وقبول، ولكن يبطل برده باتفاق الأئمة الأربعة[٤].

ويشترط أن لا يكذب المقر له إقرار المقر فإن كذبه بطل الإقرار، فالإقرار صحيح لازم بمجرد صدوره، ولا يتوقف على تصديق المقر له، ولكن إذا أكذب المقر له المقر في إقراره أو رده بطل الإقرار، حتى لا يدخل في ملك المقر له بدون رغبته وإرادته.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا سكت المقر له فإن سكوته لا اعتبار له؛ لأن الإقرار ليس فيه قبول وإنما يرتد بالرد، فلا يظهر دخول هذه المسألة تحت القاعدة، ولذا قال الزرقاء بعد أن ذكر هذه المسألة وغيرها من مسائل: "وكلها غير ظاهرة التفريع، وأما الوكالة والوقف والإقرار فكذلك لا تحتاج إلى القبول وإن كانت ترتد"[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٠).

(٢) انظر: الصحاح (٢/٧٩٠، ٧٩١)، المصباح المنير (٢/٤٩٧).

(٣) مغني المحتاج (٢/٢٣٨).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٨/٣٩٧)، حاشية الدسوقي (٣/٣٥٧)، مغني المحتاج (٢/٢٤٢)، كشاف القناع (٦/٤٧٦).

(٥) شرح القواعد الفقهية (٣٤٢).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"[(١)]، و لم يظهر لي سبب الاستثناء عند ابن نجيم، إلا أن هذه المسألة ليست مندرجة تحت القاعدة لعـــدم الحاجة إلى القبول في الإقرار، ولذا لا وجه للقول بالاستثناء.

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٠).

المسألة الخامسة عشرة: القراءة على الشيخ وهو ساكت: يترل مترلة نطقه[١].

هذه المسألة يبحثها العلماء عند بيان أقسام طرق تحمل الحديث، وأن التلميذ إذا قرأ على الشيخ وهو مصغ إليه فاهم له غير منكر فهل يصح السماع وتجوز الرواية؟

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل التراع:

اتفق المحدثون[٢]، والفقهاء[٣]، خلافاً لأهل الظاهر[٤]، على أن الشيخ متى نَصَّب نفسه للقراءة عليه وانصت إليها مختاراً لذلك غير مكره، وكان متيقظاً غير غافل وجب العمل به، ويكون إنصاته وسكوته قائماً مقام إقراره، لأن القصد أن يثبت ذلك عن النبي ﷺ فلا فرق بين النطق وبين ما يقوم مقامه[٥].

واختلفوا في جواز الرواية على قولين:

القول الأول: أن الرواية عن الشيخ بالقراءة عليه وهو ساكت جائزة، وهذا قول جمهور المحدثين[٦]، والأصوليين[٧].

القول الثاني: لا تجوز له الرواية، وهذا قول بعض المحدثين[٨]، وبعض الشافعية[٩]،

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٨/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٢٨/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٢٣٢).

(٢) انظر: الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي (٢٨٠)، مقدمة ابن الصلاح (٦٧)، فتح المغيث للسخاوي (٨٤/٢)، تدريب الراوي للسيوطي (٢٠/٢).

(٣) انظر: الإحكام للآمدي (١٤٢/٢)، كشف الأسرار للبخاري (٧٨/٣)، مختصر ابن الحاجب (٧٢٧/١).

(٤) انظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٤٦/٢).

(٥) انظر: اللمع في أصول الفقه للشيرازي (١٧١).

(٦) انظر: الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي (٢٨٠)، مقدمة ابن الصلاح (٦٧)، فتح المغيث للسخاوي (٨٤/٢)، تدريب الراوي للسيوطي (٢٠/٢).

(٧) انظر: الإحكام للآمدي (١٤٢/٢)، كشف الأسرار للبخاري (٧٨/٣)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب (٧٢٧/١).

(٨) انظر: الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي (٢٨٠)، فتح المغيث للسخاوي (٨٤/٢).

(٩) انظر: اللمع في أصول الفقه للشيرازي (١٧١)، الإحكام للآمدي (١٤٢/٢)، كشف الأسرار للبخاري (٧٨/٣)، المنثور (٤٠٢/١).

وبعض أهل الظاهر[١].

دليل القول الأول:

١ – أن العرف دال على أن سكوت الشيخ في هذا المقام تقرير له على الروايـــة، وإقرار بصحة ما قرئ، ولو لم يكن صحيحاً لما جاز تقريره عليها ولكـــان سكوته على الإنكار مع القدرة عليه فسقاً[٢].

دليل القول الثاني:

١ – أن قوله: أخبرنا وحدثنا فلان يشعر بنطق الشيخ، وذلك من غير نطق منـــه كذب[٣].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن سكوته عما قرئ عليه مع علمه بأنـــه يحدث عنه قائم مقام إقراره، ولو علم أن بعض ما يقرأ عليه لم يسمعه ولا حـــدث بـــه، اقتضت العدالة والنصح في الدين، إنكار ذلك.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا نصب الشيخ نفسه للقراءة عليه وأنصت إليها وكان متيقظاً غير غافل، جازت الرواية عنه لما قرئ، ويكون سكوته واستماعه قائماً مقام إقراره، اعتماداً على القـــرائن وظاهر الحال، وعلى هذا فإن المسألة مندرجة تحت قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[٤]، لأن أمانة الشيخ تقتضي إنكار ما لو علم أن بعض ما يقرأ عليه لم يسمعه ولا حدث به[٥].

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٤٦/٢).

(٢) انظر: كشف الأسرار للبخاري (٧٩/٣).

(٣) انظر: الإحكام للآمدي (١٤٢/٢).

(٤) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١٦٧/١).

(٥) انظر: تدريب الراوي للسيوطي (٢٠/٢).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من الحنفية[1]، والسيوطي من الشافعية[2]، من قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول".

وسبب الاستثناء: العرف؛ فإن العرف دال على أن سكوت الشيخ في هذا المقام تقرير له على الرواية، وإقرار بصحة ما قرئ عليه[3].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٨١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٣٠٨/١).

(٣) انظر: كشف الأسرار للبخاري (٧٩/٣).

الفصل الرابع عشر

المستثنيات من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"

وفيه تمهيد، ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً".

* * *

قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاتها:

١ - معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الفعل في اللغة: إحداث شيء من عمل وغيره، يقال: فعل الشيء وبه يفعلــه: أي عمله[٢].

والمعنى الاصطلاحي لا يخرج عن التعريف اللغوي[٣].

الفضل في اللغة: الزيادة والجمع، والفضيلة الخير[٤].

وفي الاصطلاح: "ما فعله رسول الله ﷺ، أو أمر به أمراً غير مؤكد، وتركــه في بعض الأحيان، أو لم يظهره في جماعة"[٥].

المعنى الإجمالي:

أن كل ما كان العمل أكثر كان الأجر أكثر وثوابه أعظم، فالثواب يكون على قدر المشقة، فإذا تساوت الرتب في الأعمال من كل وجه كان الثواب على أكثرها فعــلاً أو قولاً[٦].

---

(١) انظر: قواعد ابن رجب (١/١٣١)، المنثور في القواعد (٢/١٣٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٨)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٣٢)، وحاشيته الفوائد الجنيــة للفــاداني (٢/٢٣٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٣)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٩/١٧١)، القواعد الفقهيــة لعزام (٤٩٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣١).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٤/٥١١).

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٢/١٨٨).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (٤/٥٠٨)، المصباح المنير (٢/٤٧٥).

(٥) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٣/٤٤).

(٦) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٤٩٢).

٢ – شروط القاعدة:

يشترط لهذه القاعدة سبعة شروط:

١ – أن يتساوى العملان من كل وجه، فإذا لم يتساو العملان من كل وجه فـــلا يصح أن يعلق كثرة الفضل بكثرة الفعل.

٢ – أن يتحد العملان في النوع فلا يقارن بين صلاة وزكاة أو بين صلاة وصيام، فإذا اختلف النوع فلا مجال للعمل بهذه القاعدة.

٣ – أن يتساوى العملان في الشرف، بأن يكون بين فرضين أو نفلين في مكـــان وزمان ميزهما واحدة، فلا يفاضل بين واجب ومندوب.

٤ – أن لا يكون الأقل متعدياً والأكثر فعلاً قاصراً، ففي هذه الحالة يكون المتعدي أكثر فضلاً.

٥ – أن يقصد التعبد لله في الكثير، وأن لا يقصد المشقة لذاتها.

٦ – أن لا يكون الأقل فعلاً منصوصاً عليه في الفضيلة، فإن كان منصوصاً عليه في الأفضلية فهو أكثر أجراً وإن كان قليلاً.

٧ – أن لا يكون الأكثر مخالفاً لأمر واجب، فإن كان مخالفـــاً لأمـــر واجـــب، فالأقل فعلاً أفضل كصلاة الجماعة فإنها تفضل على صـــلاة الفـــرد بـــسبع وعشرين درجة، فلو صلاها منفرداً سبعاً وعشرين مرة لكانت صلاة الجماعة أفضل[1].

٣ – أدلة القاعدة:

١ – حديث عائشة ﵂ أن النبي ﷺ قال لها: (أجرك على قدر نصبك)[2].

---

(١) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٤٩٢).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب العمرة، باب أجر العمرة على قدر النصب، رقم (١٧٨٧)، ومسلم في كتاب الحج، باب بيان وجوه الإحرام، رقم (١٢١١).

وجه الاستدلال: أن العمل إذا كان أكثر فعلاً من غيره كان أكثر فضلاً؛ لأن الثواب على قدر المشقة.

٢ - حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (من قال حين يصبح وحين يمسي سبحان الله وبحمده مائة مرة لم يأت أحد يوم القيامة بأفضل مما جاء به، إلا أحد قال مثل ما قال أو زاد عليه)[١].

وجه الاستدلال: أن في الحديث دلالة على أن ما زاد على العمل إذا كان من جنسه فهو أفضل مما هو أقل منه.

٤ - تطبيقات القاعدة:

١ - فصل الوتر أفضل من وصله؛ لزيادة النية والتكبير والسلام[٢].

٢ - صلاة النفل قاعداً على النصف من صلاة القائم[٣].

٣ - إفراد النسكين: الحج والعمرة أفضل من القران[٤].

* * *

(١) أخرجه مسلم في كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل التهليل والتسبيح والدعاء، رقم (٣٦٩٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٩/١).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٣).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"

وفيه عشر مسائل:

المسألة الأولى: الجمع بين المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات أفضل من الفصل بست غرفات.

المسألة الثانية: صلاة الصبح أفضل من سائر الصلوات، مع أنها أقصر من غيرها.

المسألة الثالثة: قراءة سورة قصيرة في الصلاة أفضل من بعض سورة وإن طال.

المسألة الرابعة: القصر في السفر أفضل من الإتمام.

المسألة الخامسة: تخفيف ركعتي الفجر أفضل من تطويلهما.

المسألة السادسة: الوتر بركعة إذا اُقتصر عليها أفضل من ركعتي الفجر.

المسألة السابعة: صلاة الضحى ثمان ركعات أفضل من اثنتي عشرة ركعة.

المسألة الثامنة: صلاة العيد أفضل من صلاة الكسوف، مع أن صلاة الكسوف أشق وأكثر عملاً.

المسألة التاسعة: الحج والوقوف راكباً أفضل منه ماشياً.

المسألة العاشرة: التصدق بالأضحية بعد أكل قليل منها أفضل من التصدق بجميعها.

* * *

المسألة الأولى: الجمع بين المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات أفضل من الفصل بست غرفات[1].

الفصل: أن يتمضمض ثلاثاً ثم يستنشق ثلاثاً بعدها.

والوصل: أن يجمع المضمضة والاستنشاق من كف واحدة.

المقصد الأول: حكم المسألة:

اختلف الأئمة الأربعة في الأفضل في المضمضة والاستنشاق الفصل أم الوصل على قولين:

القول الأول: أن الوصل أفضل من الفصل، وهذا قول الشافعي[2]، وقول عند الحنابلة[3]، وقول بعض المالكية[4].

القول الثاني: أن الفصل أفضل من الوصل، وهذا قول الحنفية[5]، والمالكية[6]، والأظهر عند الشافعية[7].

أدلة القول الأول:

١ - حديث علي ﷺ - في صفة وضوء النبي ﷺ -: (ثم تمضمض ﷺ واستنثر ثلاثاً يمضمض وينثر من الكف الذي يأخذ منه الماء)[8].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١٣٥/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٠/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٤٦/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٣/٢).

(٢) انظر: الأم (٢١/١)، روضة الطالبين (١٦/١).

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٣٢٤/١)، الإنصاف (٣٢٣/١).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٣٥٥/١)، حاشية العدوي على حاشية الخرشي (٢٤٩/١).

(٥) انظر: الهداية (٢٠٩/١)، شرح فتح القدير (٢٥/١).

(٦) انظر: مواهب الجليل (٣٥٥/١)، حاشية الخرشي (٢٤٩/١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (١٦٩/١)، مغني المحتاج (٥٨/١).

(٨) أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة، باب صفة وضوء النبي ﷺ، رقم (١١١)، والنسائي في كتاب=

٢ - حديث عبد الله بن زيد[1] ﷺ - في صفة الوضوء -: (ثم أدخل ﷺ يده، فمضمض واستنشق من كف واحدة، ففعل ذلك ثلاثاً)[2].

وجه الاستدلال: في الحديثين دلالة على أن السنة في المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات يجمع بين المضمضة والاستنشاق من كل غرفة.

دليل القول الثاني:

١ - حديث طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده[3] قال: (رأيت رسول الله ﷺ يفصل بين المضمضة والاستنشاق)[4].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ كان يفصل بين المضمضة والاستنشاق.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول لثبوت الجمع بين المضمضة والاستنشاق بغرفة واحدة في الأحاديث الصحيحة، وأما الفصل فكما قال ابن القيم: «لم يجيء الفصل بين المضمضة والاستنشاق في حديث صحيح البتة»[5].

=الطهارة، باب غسل الوجه، رقم (٩٢)، وأحمد رقم (٩٩٨)، قال ابن حجر: «الحديث إسناده صحيح»، تلخيص الحبير (٧٩/١)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (١١١).

(١) أبو محمد عبد الله بن زيد بن عاصم بن كعب بن عمرو الأنصاري المازني، شهد أحداً وما بعدها، قُتل يوم الحرة سنة (٦٣هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (٣٧٧/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (٧٢/٤)

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء باب غسل الرجلين إلى الكعبين، رقم (١٨٦)، ومسلم في كتاب الطهارة، باب وضوء النبي ﷺ، رقم (٢٣٥).

(٣) أبو محمد طلحة بن مصرف بن عمرو بن كعب الهمداني اليامي، أقرأ أهل الكوفة في عصره، وكان يسمى سيد القراء، وهو من رجال الحديث الثقات، توفي سنة (١١٢هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (١٩١/٥)، تهذيب التهذيب (٢٥/٥)، شذرات الذهب (١٤٥/١).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة، باب في الفرق بين المضمضة والاستنشاق، رقم (١٣٩)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الطهارة، باب الفصل بين المضمضة والاستنشاق (٥١/١).
قال ابن حجر في تلخيص الحبير (٧٨/١): «في إسناده ليث بن أبي سليم وهو ضعيف»، وضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود، رقم (١٣٩).

(٥) زاد المعاد (١٩٣/١).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الفصل بين المضمضة والاستنشاق له صفتان.

إحداهما: أن يتمضمض بغرفة ثم يستنشق بأخرى يفعل ذلك ثلاثاً.

وثانيهما: أن يمضمض بثلاث متواليات ثم يستنشق كذلك.

وعلى كلتا الصفتين فإن الغرفات ست، وأما الوصل فإن الغرفات فيه ثلاث، وبحسب قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"، فإن الفصل أفضل، لأنه أكثر فعلاً، وعلى هذا القول تكون المسألة متفرعة عن القاعدة.

وأما على القول الراجح بأفضلية الوصل فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"[1]، وسبب الاستثناء ما ورد في السنة النبوية من جمع النبي ﷺ المضمضة والاستنشاق بغرفة واحدة يفعل ذلك ثلاثاً، كما في حديث علي رضي الله عنه في صفة وضوء النبي ﷺ: (ثم تمضمض ﷺ واستنثر ثلاثاً يمضمض وينثر من الكف الذي يأخذ منه الماء)[2]، وحديث عبد الله بن زيد رضي الله عنه – في صفة الوضوء – (ثم أدخل ﷺ يده، فمضمض واستنشق من كف واحدة، ففعل ذلك ثلاثاً)[3].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٠).

(٢) انظر: تقدم تخريجه ص (٤٩٦).

(٣) انظر: تقدم تخريجه ص (٤٩٧).

المسألة الثانية: صلاة الصبح أفضل من سائر الصلوات مع أنها أقصر من غيرها[1].

المقصد الأول: حكم المسألة.

اتفق الأئمة الأربعة على أن صلاة الصبح أفضل من صلاة الظهر والمغرب والعشاء[2].

واختلفوا في صلاة العصر والصبح أيهما أفضل على قولين:

القول الأول: أن صلاة العصر أفضل من صلاة الصبح، وهذا قول الحنفية[3]، وقول عند الشافعية[4]، وقول الحنابلة[5]، وقول بعض المالكية[6].

القول الثاني: أن صلاة الصبح أفضل، وهذا قول المالكية[7]، وقول عند الشافعية[8].

أدلة القول الأول:

١ – قال الله تعالى: ﴿حَافِظُواْ عَلَى الصَّلَوَاتِ والصَّلاَةِ الْوُسْطَى﴾[9].

وجه الاستدلال: أن الصلاة الوسطى صلاة العصر لحديث علي ﷺ أن النبي ﷺ قال: (شغلونا عن الصلاة الوسطى صلاة العصر)[10]، والوسطى مؤنث

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/١٣٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٠)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٣٨)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣٢).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (١/٨٠)، البحر الرائق (١/٧٣)، مواهب الجليل (٢/٣٥)، حاشية الخرشي (١/٤٠٠)، الحاوي الكبير (٢/١٠)، المجموع (٣/٥٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (٣/١٤١)، الإنصاف (٣/١٤١).

(٣) انظر: تبيين الحقائق (١/٨٠)، البحر الرائق (١/٣٧٣).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٢/١٠)، المجموع (٣/٥٧).

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٣/١٤١)، الإنصاف (٣/١٤١).

(٦) انظر: مواهب الجليل (٢/٣٥)، حاشية العدوي على حاشية الخرشي (١/٤٠١).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٢/٣٥)، حاشية الخرشي (١/٤٠٠).

(٨) انظر: الأم (١/٦٦)، المجموع (٣/٥٦).

(٩) سورة البقرة، الآية (٢٣٨).

(١٠) أخرجه البخاري في كتاب الدعوات، باب الدعاء على المشركين، رقم (٦٣٩٦)، ومسلم في كتاب=

الأوسط، والوسط: الخيار، فالوسطى: الفضلى[١].

٢ – حديث بريدة بن الحصيب[٢] ﷺ أن النبي ﷺ قال: (من ترك صلاة العصر فقد حبط عمله)[٣].

وجه الاستدلال: حبوط العمل بترك صلاة العصر دليل على أهميتها وفضلها، ولم يرد ذلك في غيرها من الصلوات الخمس.

دليل القول الثاني:

١ – قال الله تعالى: ﴿حَافِظُواْ عَلَى الصَّلَوَاتِ والصَّلاَةِ الْوُسْطَى وَقُومُواْ لِلّهِ قَانِتِينَ﴾[٤].

وجه الاستدلال: أن الصلاة الوسطى هي الصبح، بدليل أن الله قال: ﴿وَقُومُواْ لِلّهِ قَانِتِينَ﴾ فقرنها بالقنوت، ولا قنوت إلا في الصبح[٥].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، من أن صلاة العصر أفضل لقوله تعالى: ﴿حَافِظُواْ عَلَى الصَّلَوَاتِ والصَّلاَةِ الْوُسْطَى﴾[٦]، وقد جاءت السنة ببيان المراد بالوسطى وأنها العصر.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

صلاة الصبح أفضل من سائر الصلوات أو أفضل منها كلها غير العصر على

=المساجد ومواضع الصلاة، باب الدليل لمن قال الصلاة الوسطى هي صلاة العصر، رقم (٢٠٥).

(١) انظر: الجامع لأحكام القرآن (١٣٨/٣)، كشاف القناع (٢٥٢/١).

(٢) أبو عبد الله بريدة بن الحصيب بن عبد الله بن الحارث بن الأعرج الأسلمي، أسلم عام الهجرة، وشهد خيبر وفتح مكة، توفي سنة (٦٣هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (٤٦٩/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٥١/١).

(٣) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة، باب من ترك العصر، رقم (٥٥٣).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٣٨).

(٥) انظر: الجامع لأحكام القرآن (١٣٩/٣)، المجموع (٥٦/٣).

(٦) سورة البقرة، الآية (٢٣٨).

الخلاف السابق[١].

والصبح أقل الصلوات المفروضة في عدد الركعات، وبحسب قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً" فإن الظهر والعصر والمغرب والعشاء أكثر منها ركعات؛ فتكون هي الأفضل، إلا أن هذه المسألة استثنيت من القاعدة، لأن الصبح أفضل من بقية الصلوات الخمس.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"[٢]، قال العز بن عبد السلام: «وقد يكون قليل العمل البدني أفضل من كثيره، وخفيفه أفضل من ثقيله، كتفضيل القصر على الإتمام، وكتفضيل صلاة الصبح مع نقص ركعاتها على سائر الصلوات عند من رآها الصلاة الوسطى»[٣].

والسبب في التفضيل النصوص الواردة من الكتاب والسنة في فضل صلاة الصبح، ومن ذلك قوله الله تعالى: ﴿وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُوداً﴾[٤]، وقرآن الفجر: صلاة الفجر[٥].

وقول النبي ﷺ: (من صلى البردين دخل الجنة)[٦]، والبردان: العصر والفجر[٧].

* * *

(١) انظر: ص (٤٩٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٠).

(٣) قواعد الأحكام (١/٣٢).

(٤) سورة الإسراء، الآية (٧٨).

(٥) انظر: تفسير القرآن العظيم (٥/١٠٢).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب مواقيت الصلاة، باب فضل صلاة الفجر، رقم (٥٧٤)، ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب فضل صلاتي الصبح والعصر والمحافظة عليهما، رقم (٦٣٥).

(٧) سميتا بردين لأنهما تصليان في بردي النهار وهما طرفاه حين يطيب الهواء.
انظر: فتح الباري (٢/٦٤).

المسألة الثالثة: قراءة سورة قصيرة في الصلاة أفضل من بعض سورة وإن طال[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اختلف الأئمة الأربعة في القراءة في الصلاة هل الأفضل فيها قراءة سورة قصيرة أو آيات من سورة إذا كانت أطول على قولين:

القول الأول: أن قراءة سورة قصيرة في الصلاة أفضل من بعض سورة وإن كان أطول، وهذا قول المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

القول الثاني: قراءة آيات من سورة طويلة أفضل من قراءة سورة قصيرة كاملة، وهذا قول الحنفية[٥].

دليل القول الأول:

١ – أن هذا هو المعهود من فعل النبي ﷺ غالباً[٦]، فقرأ عليه الصلاة والسلام في صلاة الفجر ﴿ق وَالْقُرْآنِ الْمَجِيدِ﴾[٧].

وقرأ في فجر الجمعة ﴿الم تَنزِيلُ﴾ السجدة، و ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنسَانِ﴾[٨]، وكان يقرأ في المغرب بقصار المفصل ويقرأ في العشاء بـ ﴿وَالشَّمْسِ

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/١٣٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٩)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٤٥)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣٢).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٢/٢٢٢)، بلغة السالك (١/٢١٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٣٥٣)، حاشيتي قليوبي وعميرة (١/١٥٤).

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات (١/٣٨٥)، كشاف القناع (١/٣٤٢).

(٥) انظر: شرح فتح القدير (١/٣٤٣)، تبيين الحقائق (١/١١٣).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢/٢٢٢).

(٧) سورة ق، الآية (١)، والحديث أخرجه مسلم في كتاب الصلاة، باب القراءة في الصبح، رقم (٤٥٧).

(٨) سورتي السجدة والإنسان، الآية (١)، والحديث أخرجه البخاري في كتاب الجمعة باب ما يقرأ في صلاة الفجر يوم الجمعة، رقم (٨٩١)، وأخرجه مسلم في كتاب الجمعة، باب ما يقرأ في يوم الجمعة، رقم (٨٧٩).

وَضُحَاهَا ﴾، ويقرأ في الصبح بسورتين طويلتين[١].

دليل القول الثاني:

١ – أن ما كان أكثر كان أفضل، لأن عدد الآيات التي تقرأ من سورة طويلة أكثر من السورة القصيرة[٢].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول؛ لأن كل ما هو منصوص على فضله فهو أفضل، وإن كان قليلاً بصرف النظر عن الكثرة والقلة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إن قراءة آيات القرآن لها فضل عند الله عز وجل، وكل ما كانت الآيات أكثر كان الأجر أعظم؛ لحديث عبد الله بن مسعود ﷺ أن النبي ﷺ قال: (من قرأ حرفاً من كتاب الله فله حسنة، والحسنة بعشر أمثالها، لا أقول: ألم حرف، ولكن ألف حرف ولام حرف وميم حرف)[٣].

وبحسب قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"، فإن قراءة آيات كثيرة أطول من سورة قصيرة أفضل وأعظم أجراً، وإلى هذا ذهب الحنفية.

وأما على قول الجمهور بأن قراءة سورة قصيرة أفضل من بعض سورة، وإن طال هذا البعض فإن المسألة مستثناة من القاعدة[٤].

---

(١) سورة الشمس، الآية (١)، والحديث أخرجه النسائي في كتاب الافتتاح، باب القراءة في المغرب بقصار السور، رقم (٩٨٣)، وأحمد رقم (١٠٨٨٢)، وقال ابن حجر في بلوغ المرام (٧٦): «إسناده صحيح»، وصححه الألباني في صحيح سنن النسائي، رقم (٩٨٣).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٣٤٣/١).

(٣) أخرجه الترمذي في كتاب فضائل القرآن، باب ما جاء فيمن قرأ حرفاً من القرآن ماله من الأجر، رقم (٢٩١٠)، والحاكم في المستدرك في كتاب فضائل القرآن، باب فضائل القرآن جملة، رقم (٢٠٨٤)، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح غريب»، وقال الحاكم: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، وصححه الألباني في صحيح الترمذي، رقم (٢٩١٠).

(٤) انظر: ص (٥٠٢).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"[١]؛ لأن كل ما هو منصوص على فضله فهو أفضل، وإن كان قليلاً بصرف النظر عن الكثرة والقلة[٢].

قال السيوطي: «قراءة سورة قصيرة أفضل من بعض سورة، وإن طال، لأنه المعهود من فعله ﷺ غالباً»[٣]، ففضل الاتباع يربو ثوابه على ثواب زيادة الحروف[٤].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٣٠٩/١).

(٢) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٤٩٦).

(٣) الأشباه والنظائر (٣٠٩/١).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (١٣٥/٢)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٤٥/٢).

المسألة الرابعة: القصر في السفر أفضل من الإتمام[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

تحرير محل النزاع:

أجمع العلماء على مشروعية القصر، وأن القصر من خصوصيات السفر[٢].

واختلفوا في الأفضل القصر أم الإتمام على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن القصر سنة، والقصر أفضل من الإتمام، وهذا قول عند المالكية[٣]، والمشهور من مذهب الشافعية[٤]، وقول الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن القصر سنة والإتمام أفضل من القصر، وهذا قول عند الشافعية[٦].

القول الثالث: أن القصر واجب، وهذا قول الحنفية[٧]، وقول عند المالكية[٨].

أدلة القول الأول:

١ – قال الله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾[٩].

وجه الاستدلال: أن الآية نفت الجناح وهذا لا يستعمل إلا في المباح، وأن القصر رخصة مخير بين فعله وتركه[١٠].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/١٣٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٩)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٣٤)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣١).

(٢) انظر: الإجماع لابن المنذر (٩).

(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (٩٩)، مواهب الجليل (٢/٤٩٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/٥٠٤)، مغني المحتاج (١/٢٧١).

(٥) انظر: المغني (٣/١٢٥)، شرح منتهى الإرادات (١/٦٠٤).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١/٥٠٤)، مغني المحتاج (١/٢٧١).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (١/٩١)، شرح فتح القدير (٢/٣١).

(٨) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (٩٩)، أسهل المدارك (١/٢٣٢).

(٩) سورة النساء، الآية (١٠١).

(١٠) انظر: المغني (٣/١٢٢).

٢ – حديث عمر بن الخطاب ﷺ أن النبي ﷺ قال عن قصر الصلاة: (صدقة تصدق الله بها عليكم فأقبلوا صدقته)[1].

وجه الاستدلال: قوله ﷺ: (صدقة) يدل على أن القصر رخصة وليس عزيمة[2].

٣ – حديث ابن عمر ﷺ قال: (صحبت النبي ﷺ في السفر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله)[3].

وجه الاستدلال: مداومة النبي ﷺ على القصر دليل على أن القصر أفضل من الإتمام.

دليل القول الثاني:

أن الإتمام أكثر عملاً وعدداً، وهو الأصل، فكان أفضل كغسل الرجلين بالنسبة للمسح على الخفين[4].

أدلة القول الثالث:

١ – حديث عائشة ﷺ قالت: (فرضت الصلاة ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد في صلاة الحضر)[5].

وجه الاستدلال: في الحديث بيان أن فرض صلاة السفر ركعتان، وهذا دليل على وجوب القصر.

٢ – حديث ابن عمر ﷺ قال: (صحبت النبي ﷺ في السفر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله).

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة المسافرين وقصرها، رقم (٢٦٨٦).

(٢) انظر: المغني (١٢٣/٣).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب تقصير الصلاة، باب من لم يتطوع في السفر دبر الصلاة وقبلها، رقم (١١٠٢)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة المسافرين وقصرها، رقم (٦٨٩).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢٧١/١).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة، باب كيف فرضت الصلاة في الإسراء، رقم (٣٥٠)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة المسافرين وقصرها، رقم (٦٨٥).

وجه الاستدلال: مداومة النبي ﷺ في جميع أسفاره على القصر دليل الوجوب، لأنه لو كان القصر رخصة لأتم اغتناماً للأجر.

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول من أن القصر رخصة وهو أفضل من الإتمام.

وبهذا يتبين أن القصر أفضل من الإتمام سواء على القول بوجوب القصر أو على القول بأنه رخصة والقصر أفضل كما هو رأي الجمهور خلافاً لأحد قولي الشافعية.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إتمام الصلاة الرباعية في السفر أكثر من القصر عدداً وعملاً، وما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً، هذا على أحد قولي الشافعية بأفضلية الإتمام(١)، وبهذا القول تكون المسألة متفرعة عن قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً، كان أكثر فضلاً".

وأما على قول الجمهور بأفضلية القصر(٢)، فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"(٣)، قال الجرهزي: «وأخرجوا عن ذلك القصر على الإتمام يفضل في الثلاثة الأيام خروجاً من خلاف أبي حنيفة الموجب له»(٤).

فجعل السبب قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب" لأن أبا حنيفة يرى أن القصر عزيمة(٥) فقالوا: بأفضلية القصر خروجاً من الخلاف.

---

(١) انظر: ص (٥٠٥).

(٢) انظر: ص (٥٠٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٩).

(٤) المواهب السنية شرح الفرائد البهية (٢/٢٣٤).

(٥) انظر: ص (٥٠٥).

والذي يظهر أن السبب سنة النبي ﷺ، فقد ثبت عنه ﷺ المداومة على القصر في جميع أسفاره كما في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: (صحبت رســـول الله ﷺ في السفر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله)[1].

* * *

(١) تقدم تخريجه ص (٥٠٦).

المسألة الخامسة: تخفيف ركعتي الفجر، أفضل من تطويلهما[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اختلف الأئمة الأربعة في الأفضل في ركعتي الفجر هل هو التخفيف أو التطويل على قولين:

القول الأول: أن الأفضل التخفيف، وهذا قول عند الحنفية[٢]، وقول المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الأفضل التطويل، وهذا قول أبي حنيفة[٦].

أدلة القول الأول:

١ - حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كان النبي ﷺ يخفف الركعتين اللتين قبل الصبح حتى إني أقول: هل قرأ بأم الكتاب؟)[٧].

٢ - حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كان رسول الله ﷺ يصلي بالليل ثلاث عشر ركعة ثم يصلي إذا سمع النداء بالصبح ركعتين خفيفتين)[٨].

وجه الاستدلال: في الحديثين دلالة على أن النبي ﷺ كان يخفف ركعتي الفجر وفعله دليل الأفضلية.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٠/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٤٣/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٣/٢).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٢٣٩/١)، البحر الرائق (٢٦٦/١).

(٣) انظر: الذخيرة (٣٩٩/٢)، الفواكه الدواني (٢٢٦/١).

(٤) انظر: المجموع (٤٨٢/٣)، نهاية المحتاج (١٠٧/٢).

(٥) انظر: المغني (٥٤١/٢)، كشاف القناع (٤٢٢/١).

(٦) انظر: شرح معاني الآثار (٣٠٠/١).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب التهجد، باب ما يقرأ في ركعتي الفجر، رقم (١١٧١)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب ركعتي سنة الفجر، رقم (٧٢٤).

(٨) أخرجه البخاري في كتاب التهجد، باب ما يقرأ في ركعتي الفجر، رقم (١١٧٠)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب ركعتي سنة الفجر، رقم (٧٢٤).

دليل القول الثاني:

١ – حديث جابر بن عبد الله ﵄ قال: قال رسول الله ﷺ: (أفضل الصلاة طول القنوت) [١].

وجه الاستدلال: أن تطويل ركعتي الفجر من القنوت الذي فضله النبي ﷺ في التطوع على غيره[٢].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن ذلك هو الثابت من فعله ﷺ، ويكون قوله ﷺ: (أفضل الصلاة طول القنوت) عاماً مخصوصاً.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إطالة القراءة في صلاة التطوع أفضل من القراءة القصيرة، لأنه من القنوت الذي فضله النبي ﷺ في صلاة التطوع، وبحسب قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"، فإن تطويل ركعتي الفجر أفضل، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة[٣] ﵀ وعلى هذا القول فإن المسألة متفرعة من القاعدة.

وأما على قول الجمهور من أن تخفيف ركعتي الفجر أفضل من تطويلهما[٤] فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"[٥].

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب أفضل الصلاة طول القنوت، رقم (٧٥٦).

(٢) انظر: شرح معاني الآثار (١/٣٠٠).

(٣) انظر: ص (٥٠٩).

(٤) انظر: ص (٥٠٩).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٠).

والسبب في ذلك ما ورد في السنة النبوية من أن التخفيف هو فعل النبي ﷺ كما في حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كان رسول الله ﷺ يخفف الركعتين اللتين قبل الصبح، حتى إني أقول: هل قرأ بأم الكتاب؟)[1].

* * *

(١) تقدم تخريجه ص (٥٠٩).

المسألة السادسة: الوتر بركعة إذا اُقتصر عليها أفضل من ركعتي الفجر[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة:

أقل الوتر ركعة كما في حديث أبي أيوب الأنصاري ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: (الوتر حق على كل مسلم، فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل)[(٢)].

وإذا اقتصر المسلم على ركعة واحدة لصلاة الوتر فهل الأفضل ركعتا الفجر أو ركعة الوتر؟

اختلف الأئمة الأربعة في ذلك على قولين:

القول الأول: أن ركعة الوتر أفضل من ركعتي الفجر، وهذا قول الحنفية[(٣)]، والمالكية[(٤)]، والشافعي في الجديد[(٥)]، والمذهب عند الحنابلة[(٦)].

القول الثاني: أن ركعتي الفجر أفضل من ركعة الوتر، وهذا هو قول الشافعي في القديم[(٧)]، ورواية عند الحنابلة[(٨)].

أدلة القول الأول:

١ – حديث أبي هريرة ﵁ أن النبي ﷺ قال: (أفضل الصلاة بعد الصلاة المكتوبة الصلاة في جوف الليل)[(٩)].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/١٣٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٠)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٤١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣٣).

(٢) تقدم تخريجه ص (٤٠٦).

(٣) بناء على أن الوتر عند أبي حنيفة واجب، انظر: بدائع الصنائع (١/٢٧٠)، حاشية ابن عابدين (٢/٤٣٩).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٢/٣٨٥)، حاشية الدسوقي (١/٢٩٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٢/١٣١)، المجموع (٣/٤٨١).

(٦) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤/١٠٦)، الإنصاف (٤/١٠٦).

(٧) انظر: الشرح الكبير الوجيز للرافعي (٢/١٣١)، المجموع (٣/٤٨١).

(٨) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤/١٠٦)، الإنصاف (٤/١٠٦).

(٩) أخرجه مسلم في كتاب الصيام، باب فضل صوم المحرم، رقم (١١٦٣).

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن الوتر أفضل من ركعتي الفجر؛ لأن الوتر أفضل الصلوات إلا من الخمس المكتوبة.

٢ – حديث بريدة بن الحصيب ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا، الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا، الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا)(١).

وجه الاستدلال: في الحديث تحذير من ترك الوتر، وهذا دليل على فضله، بل إن أبا حنيفة استدل به على وجوب الوتر(٢).

٣ – أن الوتر مختلف في وجوبه، ولا خلاف في أن ركعتي الفجر سنة، وما كان مختلفاً في وجوبه فهو أفضل(٣).

أدلة القول الثاني:

١ – حديث عائشة ﵂ قالت: (لم يكن النبي ﷺ على شيء من النوافل أشد منه تعاهداً على ركعتي الفجر)(٤).

وجه الاستدلال: أن الحديث دل على شدة حرص النبي ﷺ على ركعتي الفجر أكثر من كل نافلة أخرى، وفي هذه دلالة على أن ركعتي الفجر أفضل من باقي النوافل ومنها الوتر.

٢ – حديث عائشة ﵂ قالت، قال رسول الله ﷺ: (ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها)(٥).

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب فيمن لم يوتر، رقم (١٤١٩)، وأحمد برقم (٢٣٠١٩)، والحاكم في كتاب الوتر، رقم (١١٨٧)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلاة باب تأكيد صلاة الوتر (٢/٤٧٠)، قال ابن حجر في الفتح (٢/٤٨٧): «في سنده أبو المنيب وفيه ضعف»، وضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود، رقم (١٤١٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١/٢٧٠).

(٣) انظر: الشرح الكبير في شرح الوجيز للرافعي (٢/١٣١)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/١٠٦).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب التهجد، باب تعاهد ركعتي الفجر ومن سماها تطوعاً، رقم (١١٦٩)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب ركعتي سنة الفجر رقم (٧٢٤).

(٥) أخرجه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب ركعتي سنة الفجر، رقم (٧٢٥).

وجه الاستدلال: جعل النبي ﷺ ركعتي الفجر خيراً من الدنيا وما فيها، وجعل الوتر خيراً من حمر النعم[1]، وحمر النعم جزء من الدنيا، فكانت ركعتا الفجر أفضل من الوتر.

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول من أن ركعة الوتر أفضل من ركعتي الفجر؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه السابق (أفضل الصلاة بعد الصلاة المكتوبة الصلاة في جوف الليل)[2].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

ركعتا الفجر أكثر عدداً وعملاً من الوتر بركعة وبحسب قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً، كان أكثر فضلاً"، فإن ركعتي الفجر أفضل من الوتر بركعة، وإلى هذا ذهب أصحاب القول الثاني وعلى هذا القول فالمسألة متفرعة عن القاعدة.

وأما على القول بأن الوتر بركعة أفضل من ركعتي الفجر[3]، فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً، كان أكثر فضلاً"[4]، قال العز بن عبد السلام: «ولو كان الثواب على قدر النصب مطلقاً، ... لما

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب استحباب الوتر، رقم (١٤١٨)، والترمذي في كتاب الصلاة باب ما جاء في فضل الوتر، رقم (٤٥٢)، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ما جاء في الوتر رقم (١١٦٨)، والحاكم في كتاب الوتر، رقم (١١٨٩)، والدار قطني في كتاب الوتر، باب فضيلة الوتر، رقم (١٦٥٦)، وقال الترمذي: «حديث غريب»، وقال الحاكم: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، وضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود، رقم (١٤١٨).

(٢) تقدم تخريجه ص (٥١٢).

(٣) انظر: ص (٥١٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٠).

فضلت ركعة الوتر على ركعتي الفجر»[١].

وسبب الاستثناء حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (أفضل الصلاة بعد الصلاة المكتوبة الصلاة في جوف الليل)[٢].

* * *

(١) قواعد الأحكام (٣٢/١).

(٢) تقدم تخريجه، ص (٥١٢).

المسألة السابعة: صلاة الضحى ثمان ركعات أفضل من اثنتي عشرة ركعة(١).

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الأئمة الربعة أن أقل صلاة الضحى ركعتان(٢)؛ لحديث أبي ذر(٣) ﷺ عن رسول الله ﷺ: (يصبح على كل سلامى من أحدكم صدقة: فكل تسبيحة صدقة، وكل تحميدة صدقة، وكل تهليلة صدقة، وكل تكبيرة صدقة، وأمر بالمعروف صدقة، ونهي عن المنكر صدقة، ويجزئ عن ذلك ركعتان يركعهما من الضحى)(٤)، فأقل صلاة الضحى ركعتان لهذا الخبر(٥).

واختلفوا في الأفضل على قولين:

القول الأول: أن أفضل صلاة الضحى ثمان ركعات، وهذا قول بعض الحنفية(٦)، وقول المالكية(٧)، والمعتمد عند الشافعية(٨)، وقول الحنابلة(٩).

القول الثاني: أن أفضل صلاة الضحى اثنتا عشرة ركعة، وهذا قول الحنفية(١٠)،

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/١٣٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٠٩)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٣٤)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣٣).

(٢) انظر: البحر الرائق (٢/٥٥)، حاشية ابن عابدين (٢/٤٦٥)، مواهب الجليل (٢/٣٧٢)، حاشية الخرشي (٢/١١٠)، روضة الطالبين (١/٤٣٤)، نهاية المحتاج (٢/١٧٧)، المغني (٢/٥٤٩)، كشاف القناع (١/٤٤٢).

(٣) جندب بن جنادة بن سفيان الغفاري، من أوائل الصحابة، وهو أول من حيا رسول الله ﷺ بتحية الإسلام، هاجر بعد وفاة النبي ﷺ إلى بادية الشام وتوفي في زمن عثمان سنة ٣٢هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٤٦)، الإصابة في تمييز الصحابة (٧/٦٠).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب صلاة الضحى، رقم (٧٢٠).

(٥) انظر: المغني (٢/٥٤٩).

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين (٢/٤٦٦).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٢/٣٧٢)، حاشية الخرشي (٢/١١٠).

(٨) انظر: روضة الطالبين (١/٤٣٤)، نهاية المحتاج (٢/١١٧).

(٩) انظر: المغني (٢/٥٤٩)، كشاف القناع (١/٤٤٢).

(١٠) انظر: البحر الرائق (٢/٥٥)، حاشية ابن عابدين (٢/٤٦٥).

وقول عند الشافعية[١].

دليل القول الأول:

١ - حديث أم هانئ[٢] رضي الله عنها (أن النبي ﷺ دخل بيتها يوم فتح مكة وصلى ثماني ركعات فلم أر صلاة قط أخف منها غير أنه يتم الركوع والسجود)[٣].

وجه الاستدلال: أن الثمان ركعات هي أكثر صلاة الضحى الثابتة عن النبي ﷺ فتكون الأفضل.

دليل القول الثاني:

١ - حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (من صلى الضحى ثنتي عشرة ركعة بنى الله له قصراً من ذهب في الجنة)[٤].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن أكثر صلاة الضحى اثنتا عشرة ركعة، والأكثر هو الأفضل، "وقد تقرر أن الحديث الضعيف يجوز العمل به في الفضائل"[٥].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول، فصلاة ثمان ركعات أفضل وأكثر صلاة الضحى لثبوته في حديث أم هانئ الصحيح، وأما دليل القول الثاني فضعيف.

---

(١) انظر: المجموع (٣/٤٨٨)، نهاية المحتاج (٢/١١٧).

(٢) أم هانئ فاختة بنت أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم أخت علي رضي الله عنه، وقيل: اسمها هند، وقيل: فاطمة، والأول أشهر، أسلمت عام الفتح، وتوفيت سنة (٤٠هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٣١١)، الإصابة في تمييز الصحابة (٨/١٥٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب التهجد، باب صلاة الضحى في السفر، رقم (١١٧٦)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب صلاة الضحى، رقم (٣٣٦).

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب الصلاة، باب ما جاء في صلاة الضحى، رقم (٤٧٣)، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ما جاء في صلاة الضحى، رقم (١٣٨٠)، قال الترمذي: «غريب»، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير (٢/٢٠): «إسناده ضعيف»، وضعفه الألباني في ضعيف سنن الترمذي، رقم (٤٧٣).

(٥) حاشية ابن عابدين (٢/٤٦٥).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

هذه المسألة تندج تحت قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً" على القول بأن أكثر وأفضل صلاة الضحى ثمان ركعات، وعلى القول بأن أكثر وأفضل صلاة الضحى ثنتا عشرة ركعة، لأن الأكثر كان هو الأفضل، أما على القول بأن أكثر صلاة الضحى ثنتا عشرة ركعة، والأفضل ثمان ركعات، فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"، وقال: «الضحى أفضلها ثمان، وأكثرها: ثنتا عشرة، والأول أفضل، تأسياً بفعله ﷺ»[1].

فإن السبب فعل النبي ﷺ الوارد في حديث أم هانئ رضي الله عنها (أن النبي ﷺ دخل بيتها يوم فتح مكة وصلى ثماني ركعات)[2].

* * *

(١) الأشباه والنظائر (٣٠٩/١).

(٢) تقدم تخريجه، ص (٥١٧).

المسألة الثامنة: صلاة العيد أفضل من صلاة الكسوف، مع أن صلاة الكسوف أشق وأكثر عملاً[1].

المقصد الأول:

اتفق الأئمة الأربعة على أن صلاة العيد أفضل وآكد من صلاة الكسوف[2].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

١ – أن صلاة العيد واجبة على قول كثير من العلماء لقول الله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ﴾[3]، والأمر يقتضي الوجوب، ومداومة النبي ﷺ على فعلها يدل على وجوبها.

وأما صلاة الكسوف فسنة[4].

٢ – أن العيد مؤقت بوقت أشبهه الفرض، مع شرف وقته[5].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

السنة في صلاة الكسوف أن تصلى بأربع ركعات في ركعتين وأربع سجدات[6]،

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١٣٤/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٠/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٤٣/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٣).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٨٤/٢)، تبيين الحقائق (٢٢٨/١)، مواهب الجليل (٣٨٥/٢)، حاشية الخرشي (١٢٥/٢)، المجموع (٤٥٩/٣)، تحفة المحتاج (٢٧٠/١)، شرح منتهى الإرادات (٦٢٩/١)، كشاف القناع (٧/٢).

(٣) سورة الكوثر، الآية (٢).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٨٤/٢)، حاشية الخرشي (١٢٥/٢)، روضة الطالبين (٥٧٧/١)، المغني (١٥٣/٣).

(٥) انظر: المجموع (٤٥٩/٣)، تحفة المحتاج (٢٧٠/١).

(٦) أخرجه البخاري في حديث عائشة رضي الله عنها في كتاب الكسوف، باب الجهر بالقراءة في الكسوف، رقم (١٠٦٦)، ومسلم في كتاب الكسوف، باب صلاة الكسوف، رقم (٩٠١).

يقرأ في القيام الأول سورة البقرة أو قدرها، وفي الثاني آل عمران أو قدرها، وفي الثالث النساء أو قدرها، وفي الرابع المائدة أو قدرها[١].

وأما صلاة العيد فركعتان يقرأ فيهما بسورة (الأعلى والغاشية)، أو (ق) و﴿اقْتَرَبَتِ السَّاعَةُ﴾[٢].

وبحسب قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"، فإن صلاة الكسوف أفضل من صلاة العيد، لكن الأئمة الأربعة اتفقوا على أن صلاة العيد أفضل من صلاة الكسوف وعلى هذا القول فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

وفي الحقيقة أن شرط القاعدة: "أن يتساوى العملان من كل وجه، فإذا لم يتساو العملان من كل وجه فلا يصح أن يعلق كثرة الفضل بكثرة الفعل"[٣]، لم يتحقق في هذه المسألة، لأن صلاة العيد واجبة وصلاة الكسوف سنة[٤].

فالمسألة مستثناة من القاعدة لمشابهتها للقاعدة في الصورة، ولكنها عند التحقيق غير داخلة في القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً، كان أكثر فضلاً"[٥].

وسبب الاستثناء: أن صلاة العيد فرض كفاية بخلاف صلاة الكسوف فإنها سنة[٦]،

---

(١) جاء ذلك في حديث ابن عباس ﷺ الذي أخرجه البخاري في كتاب الكسوف، باب صلاة الكسوف في جماعة، رقم (١٠٥٢)، ومسلم في كتاب الكسوف، باب ما عرض على النبي ﷺ في صلاة الكسوف من أمر الجنة والنار، رقم (٩٠٧).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب العيد، باب ما يقرأ في صلاة العيدين، رقم (٨٩١).

(٣) القواعد الفقهية لعزام (٤٩٢).

(٤) انظر: ص (٥١٩).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٣١٠/١).

(٦) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٤٣/١).

والفرض أفضل من الواجب لحديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (إن الله تعالى قال: ... وما تقرب إليّ عبدي بشيء أحب إلي مما افترضته عليه)[1].

* * *

(١) أخرجه البخاري في كتاب الرقائق، باب التواضع، رقم (٦٥٠٢).

المسألة التاسعة: الحج والوقوف راكباً أفضل منه ماشياً[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أن الراكب في الوقوف بعرفة أفضل من الماشي[٢]؛ لحديث جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ركب حتى أتى الموقف فجعل بطن ناقته القصوى إلى الصخرات، وجعل حبل المشاة بين يديه، واستقبل القبلة فلم يزل واقفاً حتى غربت الشمس[٣].

واختلفوا في سائر المناسك على قولين:

القول الأول: أن الراكب أفضل من الماشي، وهذا قول أبي حنيفة[٤]، والمالكية[٥]، والمذهب عند الشافعية[٦].

القول الثاني: أن الماشي أفضل، وهذا قول بعض الحنفية[٧]، وبعض المالكية[٨].

وقول عند الشافعية[٩]، وقول الحنابلة[١٠].

أدلة القول الأول:

١ – أن النبي ﷺ حج راكباً، كما في حديث جابر رضي الله عنه المتقدم.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١١/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجزهزي (٢٤٩/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٣/٢).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٤٧٤/٢)، مجمع الأنهر (٢٧٦/١)، مواهب الجليل (٥١٤/٣)، حاشية الخرشي (١٠٨/٣)، روضة الطالبين (٣٧٥/٢)، مغني المحتاج (٣٦٣/٤)، المغني (٢٦٧/٥)، الإنصاف (١٦٠/٩).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، رقم (١٢١٨).

(٤) انظر: البحر الرائق (٨٠/٣)، مجمع الأنهر (٢٦١/١).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٥١٤/٣)، حاشية الخرشي (١٠٨/٣).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٥٧٨/٢)، مغني المحتاج (٣٦٣/٤).

(٧) انظر: البحر الرائق (٨٠/٣).

(٨) انظر: مواهب الجليل (٥١٤/٣).

(٩) انظر: روضة الطالبين (٥٧٨/٢)، مغني المحتاج (٣٦٣/٤).

(١٠) انظر: الإنصاف (١٦١/٩)، كشاف القناع (٤٩٢/٢).

٢ – أن في الركوب عوناً على أداء المناسك والدعاء وسائر عباداته[1].

٣ – أن في الركوب زيادة مؤنة وإنفاق في سبيل الله تعالى[2].

أدلة القول الثاني:

١ – أن المشي فيه مشقة، وما كان فيه مشقة فهو أفضل مما ليس فيه مشقة[3]؛ لقول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها: (أجرك على قدر نصبك)[4].

٢ – حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال سمعت النبي ﷺ يقول: (من حج من مكة ماشياً حتى يرجع إلى مكة كتب الله له بكل خطوة سبعمائة حسنة، كل حسنة مثل حسنات الحرم، قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: بكل حسنة مائة ألف حسنة)[5].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لفعله ﷺ، ولأن في الركوب عوناً للحاج على المحافظة على مهمات العبادة، وفيه زيادة نفقة في سبيل الله.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

أداء الحج ماشياً أكثر فعلاً وأعظم مشقة، وبحسب قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان

---

(١) انظر: المجموع (٧/٦٥).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤/٤٦٣).

(٣) انظر: البحر الرائق (٣/٨٠)، المجموع (٧/٦٥).

(٤) تقدم تخريجه ص (٤٩٣).

(٥) أخرجه ابن خزيمة في كتاب المناسك، باب فضل الحج ماشياً من مكة إن صح الخبر، رقم (٢٧٩١)، والحاكم في كتاب المناسك، باب فضيلة الحج ماشياً، رقم (١٧٣٥)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الحج، باب الرجل يجد زاداً وراحلة (٤/٣٣١).

قال ابن خزيمة: «في القلب من عيسى بن سوادة هذا»، وقال البيهقي: «تفرد به عيسى بن سوادة وهذا مجهول»، وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة، رقم (٤٩٥)، وقال الحاكم في المستدرك (٢/١١٤): «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

أكثر فضلاً"، فإن الحج مشياً أفضل من الركوب، وعلى هذا القول فإن المسألة متفرعة عن القاعدة، وأما على القول بأفضيلة الركوب فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً، كان أكثر فضلاً"، وقال: «الحج والوقوف راكباً أفضل منه ماشياً، تأسياً بفعله ﷺ في الصورتين»[1].

فالسبب هو السنة الفعلية الثابتة عن النبي ﷺ[2].

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر (٣١١/١).

(٢) تقدم تخريجه ص (٥٢٢).

المسألة العاشرة: التصدق بالأضحية بعد أكل قليل منها أفضل من التصدق بجميعها[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اتفق الأئمة الأربعة على استحباب الأكل من الأضحية، وأن الأكل منها أفضل من التصدق بجميعها[٢]، على اختلاف فيما بينهم في المقدار:

فقال الجمهور (الحنفية، وقول عند الشافعية، وقول الحنابلة): يأكل ثلثها ويهدي ثلثها ويتصدق بثلثها[٣].

وقال المالكية: يأكل ويتصدق بلا تحديد المقدار[٤].

وفي القديم عند الشافعية: يتصدق بالنصف ويأكل النصف[٥].

وقال بعض الشافعية: يتصدق بجميعها إلا لُقَماً يتبرك بأكلها[٦].

الأدلة على استحباب الأكل:

١ - قال الله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾[٧].

وجه الاستدلال: أن الله أمر بالأكل من الهدي، والأضحية تقاس عليه[٨].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/١٣٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٠)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٥١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٨١)، حاشية ابن عابدين (٩/٤٧٤)، مواهب الجليل (٤/٣٧٣)، حاشية الخرشي (٣/٤٩٤)، روضة الطالبين (٢/٤٩١)، مغني المحتاج (٤/٢٩٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٩/٤٢٢)، كشاف القناع (٣/٢٢).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٩/٤٧٤)، روضة الطالبين (٢/٤٩١)، الشرح الكبير لابن قدامة (٩/٤٢٢).

(٤) انظر: حاشية الخرشي (٣/٤٩٤).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٢/٤٩١).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٤/٢٩٠).

(٧) سورة الحج، الآية (٢٨).

(٨) انظر: الجامع لأحكام القرآن (١٢/٣٠)، مغني المحتاج (٤/٢٩٠).

٢ – أن النبي ﷺ كان يأكل من أضحيته؛ فعن بريدة بن الحصيب ﷺ قال: (كان رسول الله ﷺ لا يغدو يوم الفطر حتى يأكل ولا يأكل يوم الأضحى حتى يرجع فيأكل من أضحيته)[١].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

التصدق بكل الأضحية أكثر إنفاقاً وبذلاً في سبيل الله، وأبعد عن حظ النفس، وبحسب قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً، كان أكثر فضلاً"، فإن التصدق بجميع الأضحية أفضل من الأكل والتصدق، لكن العلماء قالوا: إن الأكل والتصدق من الأضحية أفضل من التصدق بكامل الأضحية[٢]، وعلى هذا القول فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً، كان أكثر فضلاً"[٣].

والسبب في الاستثناء ما ورد في السنة النبوية من أكل النبي ﷺ من أضحيته، كما في حديث بريدة بن الحصيب ﷺ المتقدم (أن النبي ﷺ كان لا يأكل يوم الأضحى حتى يرجع فيأكل من أضحيته)، وفي رواية (كان إذا رجع أكل من كبد أضحيته).

* * *

---

(١) أخرجه أحمد برقم (٢٢٩٨٤)، والدارمي في كتاب العيدين، باب في الأكل قبل الخروج يوم العيد، رقم (١٦٤١)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب صلاة العيد باب يترك الأكل يوم النحر حتى يرجع (٢٨٣/٣)، قال الزيلعي في نصب الراية (٢٢١/٢): «صححه ابن القطان»، وأخرج البيهقي في هذا الباب حديث بريدة ﷺ: «كان رسول الله ﷺ إذا كان يوم الفطر لم يخرج حتى يأكل شيئاً وإذا كان الأضحى لم يأكل شيئاً حتى يرجع وكان إذا رجع أكل من كبد أضحيته».

(٢) انظر: ص (٥٢٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٣١٠/١).

الفصل الخامس عشر

المستثنيات من قاعدة: الفرض أفضل من النفل

وفيه تمهيد، ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: الفرض أفضل من النفل.

* * *

قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"[1]

التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاها.

١ - معنى القاعدة.

المعنى الإفرادي:

الفرض لغة: الحز في الشيء[2].

وفي الاصطلاح: مرادف للواجب عند الجمهور، وعرف الواجب في الاصطلاح بعدة تعريفات منها: "خطاب الشارع بما ينتهض تركه سبباً للذم شرعاً في حالة ما"[3].

وفرق الحنفية بينهما فقالوا: "الفرض ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه، والواجب ما ثبت بدليل ظني"[4].

والنفل لغة: مطلق الزيادة[5].

وفي الاصطلاح: "اسم لما شرع زيادة على الفرائض والواجبات"[6].

المعنى الإجمالي:

أن ما أوجبه الله عز وجل علينا وما افترضه أفضل وأكثر أجراً وثواباً مما يتطوع به الإنسان[7].

---

(١) انظر: الفروق (٢٢٢/٢)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٨٥/١)، المنثور (١٣٨/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٢/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٦٣/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٢٦٣/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٧)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٤/٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٥/٢).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٤٨٨/٤)، المصباح المنير (٤٦٨/٢).

(٣) الإحكام للآمدي (٩٨/١).

(٤) كشف الأسرار للبخاري (٣٠٣/٢).

(٥) انظر: لسان العرب (٦٧١/١١)، تاج العروس (٢٢/٣١).

(٦) التعريفات للجرجاني (٣٠٠).

(٧) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٥/٧).

وهذه القاعدة إنما هي في العبادتين المستقلتين أو في الصفتين، أما في عبادة، وصفة فقد تختلف، كالجماعة فإنها صفة للصلاة المفروضة والأذان عبادة مستقلة.

والقاعدة مستقرة في الجنس الواحد، أما في الجنسين، فقد تختلف، فإن الصنائع فروض كفايات، ويبعد أن يقال: إن واحدة منها أفضل من تطوع الصلاة[(١)].

٢ - دليل القاعدة:

حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: إن الله تعالى قال: (... وما تقرب إليَّ عبدي بشيء أحب إلي مما افترضته عليه، وما يزال عبدي يتقرب إلي بالنوافل حتى أحبه...) [(٢)].

وجه الاستدلال: نص الحديث على أن الواجب أفضل من غيره ومن ذلك النفل[(٣)].

٣ - تطبيقات القاعدة[(٤)]:

١ - صلاة الفريضة أفضل من النافلة.

٢ - الزكاة أفضل من الصدقة.

٣ - صيام رمضان أفضل من صيام غيره.

٤ - حج الفريضة أفضل من حج التطوع.

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٤/١).

(٢) تقدم تخريجه ص (٥٢١).

(٣) انظر: الفروق للقرافي (٢٢٢/٢).

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٥/٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٦/٢).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: الوضوء قبل الوقت سنة وهو أفضل منه في الوقت وهو واجب.

المسألة الثانية: الأذان سنة أفضل من الإمامة وهي فرض كفاية.

المسألة الثالثة: إبراء المعسر بالدين أفضل من إنظاره.

المسألة الرابعة: ابتداء السلام أفضل من رده الواجب.

* * *

المسألة الأولى: الوضوء قبل الوقت سنة وهو أفضل منه في الوقت وهو واجب[1].

المقصد الأول: حكم المسألة.

اتفق العلماء على جواز الوضوء قبل دخول وقت الصلاة، قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن من تطهر بالماء قبل وقت الصلاة أن طهارته كاملة»[2]، وقال النووي: «أجمع العلماء على جواز الوضوء قبل دخول وقت الصلاة»[3].

واتفقت المذاهب الأربعة على أن الوضوء قبل الوقت مستحب[4]، ونص الحنفية والمالكية والشافعية على أن الوضوء قبل الوقت أفضل من الوضوء بعد الوقت وهو واجب[5]، لأن في ذلك انتظار الصلاة، ومنتظر الصلاة كمن هو فيها لحديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا توضأ أحدكم فأحسن الوضوء ثم أتى المسجد لا يريد إلا الصلاة فلم يخط خطوة إلا رفع له بها درجة وحط عنه بها خطيئة حتى يدخل المسجد، فإذا دخل المسجد كان في صلاة ما كانت الصلاة تحبسه)[6].

وفي ذلك أيضاً قطع طمع الشيطان عن تثبيط المسلم عن الصلاة[7].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٥/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٧٣/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٧/٢).

(٢) الإجماع (٥).

(٣) المجموع (٤٥٢/١).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، حاشية ابن عابدين (٢٥٠/١)، مواهب الجليل (٢٦/٢)، منح الجليل (٧١١/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٥/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٧٣/٢)، الفروع (١٩٢/١)، الإنصاف (٥/٢).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (٢٥٠/١)، منح الجليل (٧١١/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٥/١).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة، باب الصلاة في مسجد السوق، رقم (٤٧٧)، ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب فضل الصلاة المكتوبة في جماعة وفضل انتظار الصلاة وكثرة الخُطا إلى المساجد وفضل المشي إليها، رقم (١٥٠٦).

(٧) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٥٣/٣٢).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الوضوء قبل دخول وقت الصلاة مستحب، والوضوء بعد دخول الوقت واجب، وبحسب قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"، فإن الوضوء بعد دخول الوقت أفضل من الوضوء قبله، إلا أن العلماء قالوا: الوضوء قبل الوقت أفضل من الوضوء بعده، وبهذا القول تكون المسألة مستثناة من القاعدة.

وبتأمل المسألة فإنه لا يظهر اندراجها تحت القاعدة، وذلك لأن التفضيل ليس من جهة الفرضية، وإنما لتقدم الوضوء قبل الوقت، فالوضوء قبل الوقت يساوي الواقع بعد دخوله من حيث امتثال الأمر وسقوط الواجب، وإنما للأول أفضلية التقديم[(١)].

فتفضيل النفل على الفرض لا من جهة الفرض بل من جهة أخرى هي التقدم بالفعل، وبهذا فإنه لا استثناء حقيقة لاختلاف جهة الأفضلية[(٢)].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي[(٣)]، وابن نجيم[(٤)]، من قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"، ولم يظهر لي سبب الاستثناء عندهما، إلا أن القول بالاستثناء فيه نظر لعدم اندراجها تحت القاعدة كما سبق بيانه في المقصد السابق.

* * *

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (١/٢٤٩).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٥).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٢).

المسألة الثانية: الأذان سنة[١]، أفضل من الإمامة وهي فرض كفاية[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اختلف الأئمة الأربعة في الأفضل الأذان أم الإمامة على قولين:

القول الأول: أن الأذان أفضل من الإمامة، وهذا هو المذهب عند الشافعية[٣]، والصحيح من مذهب الحنابلة[٤]، وقول بعض المالكية[٥].

القول الثاني: أن الإمامة أفضل من الأذان، وهذا قول الحنفية[٦]، والمشهور من مذهب المالكية[٧]، وقول عند الشافعية[٨]، ورواية عند الحنابلة[٩].

أدلة القول الأول:

١ – حديث عبد الرحمن بن أبي صعصعة الأنصاري[١٠] عن أبيه، أنه أخبره أن أبا سعيد الخدري ﷺ قال له: (إني أراك تحب الغنم والبادية فإذا كنت في

---

(١) هذا على قول الحنفية، وبعض المالكية، والأصح عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة، والقول الآخر: أن الأذان فرض كفاية في قول المالكية وقول عند الشافعية، والصحيح من مذهب الحنابلة وقول بعض الحنفية. انظر: بدائع الصنائع (١/١٤٧)، تبيين الحقائق (١/٩٠)، بداية المجتهد (١/٢٠٥)، مواهب الجليل (٢/٧٠)، روضة الطالبين (١/٣٠٦)، مغني المحتاج (١/١٣٤)، الإنصاف (٣/٥٠)، كشاف القناع (١/٢٣٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٤)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٧١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٣١٤)، مغني المحتاج (١/١٣٨).

(٤) انظر: المغني (٢/٥٤)، الإنصاف (٣/٤٣).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٢/٧٠).

(٦) انظر: شرح فتح القدير (١/٢٥٥)، تبيين الحقائق (١/٨٩).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٢/٧٠)، حاشية العدوي على حاشية الخرشي (١/٤٢٧).

(٨) انظر: روضة الطالبين (١/٣١٤)، مغني المحتاج (١/١٣٨).

(٩) انظر: المغني (٢/٥٤)، الإنصاف (٣/٤٣).

(١٠) عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصعة الأنصاري المازني، ثقة، من شيوخ الإمام مالك، روى له البخاري وأبو داود والنسائي وابن ماجه، مات في خلافة المنصور، انظر: تهذيب الكمال (١٧/٢١٦)، تقريب التهذيب (٢/٣٣٠).

غنمك أو باديتك فأذنت بالصلاة فأرفع صوتك بالنداء فإنه لا يسمع مدى صوت المؤذن جن ولا إنس ولا شيء إلا شهد له يوم القيامة، قال أبو سعيد: سمعته من رسول الله ﷺ)[١].

٢ – حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا)[٢].

٣ – حديث معاوية بن أبي سفيان[٣] رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (المؤذنون أطول الناس أعناقاً يوم القيامة)[٤].

وجه الاستدلال: هذه الأحاديث الثلاثة تدل على فضل الأذان من شهادة الإنس والجن والحجر، وعظيم الأجر، وأن المؤذنين يوم القيامة أطول أعناقاً.

٤ – عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن اللهم أرشد الأئمة وأغفر للمؤذنين)[٥].

وجه الاستدلال: أن الأمانة أعلى من الضمان، والمغفرة أعلى من الإرشاد، فدل على أفضلية الأذان[٦].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب رفع الصوت بالنداء، رقم (٦٠٩).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب الاستهام في الأذان، رقم (٦١٥)، ومسلم في كتاب الصلاة، باب تسوية الصفوف وإقامتها، رقم (٤٣٧).

(٣) أبو عبد الرحمن معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية، وهو أحد الذين كتبوا للنبي ﷺ الوحي، وولاه عمر بن الخطاب على الشام، واجتمع الناس عليه خليفة بعد تنازل الحسن بن علي بن أبي طالب عن الخلافة سنة إحدى وأربعين، ومات سنة (٦٠هـ).

انظر: سير أعلام النبلاء (١١٩/٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (١١٤/٦).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب الصلاة، باب فضل الأذان وهرب الشيطان عند سماعه، رقم (٣٨٧).

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت، رقم (٥١٧)، والترمذي في كتاب الصلاة، باب ما جاء أن الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن، رقم (٢٠٧)، وأحمد رقم (٧١٦٩)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلاة، باب فضل التأذين على الإمامة (٤٣٠/١)، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢/٢): «رواه أحمد والطبراني ورجاله كلهم موثقون»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (٥١٧).

(٦) انظر: مغني المحتاج (١٣٨/١)، المغني (٥٥/٢).

أدلة القول الثاني:

١ – أن الإمامة تولاها النبي ﷺ بنفسه، وكذلك خلفاؤه، و لم يتولوا الأذان، وهم لا يختارون إلا الأفضل[1].

٢ – أن الإمامة يختار لها من هو أكمل حالاً وأفضل، واعتبار فضيلته دليل على فضيلة منزلته[2].

٣ – أن القيام بالشيء أفضل من الدعاء إليه[3].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول للأحاديث الواردة في فضله، ولما فيه من إعلان ذكر الله تعالى، وتنبيه الناس على سبيل العموم، ولأن الأذان أشق من الإمامة، وإنما لم يؤذن النبي ﷺ وخلفاؤه الراشدون، لأنهم اشتغلوا بأهم من المهم، لأن الإمام يتعلق به جميع الناس فلو تفرغ لمراقبة الوقت لانشغل عن مهمات المسلمين.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

هذه المسألة ذكرها الشافعية بناء على الأصح عندهم من أن الأذان سُنة والإمامة فرض كفاية[4]، وبحسب قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"، فإن الإمامة أفضل من الأذان، وإلى هذا ذهب أصحاب القول الثاني[5]، وبهذا تكون المسألة من فروع القاعدة.

وأما على قول أصحاب القول الأول من أن الأذان أفضل من الإمامة فالمسألة مستثناة من القاعدة.

والذي يظهر أن هذه المسألة غير مندرجة تحت القاعدة، وذلك أن الجماعة صفة

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (١/٢٥٥)، مغني المحتاج (١/١٣٨).

(٢) انظر: المغني (٢/٥٤).

(٣) انظر: مغني المحتاج (١/١٣٨).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/٣١٤)، مغني المحتاج (١/١٣٨).

(٥) انظر: ص (٥٣٣).

للصلاة المفروضة، والأذان عبادة مستقلة، والقاعدة المستقرة في أن الفرض أفضل من النفل في العبادتين المستقلتين أو في الصفتين.

أما في عبادة وصفة فقد تختلف، ومن ذلك: أن الأذان والجماعة جنسان، والقاعدة المستقرة في أن الفرض أفضل من النفل في الجنس الواحد، أما في الجنسين: فقد تختلف[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"[٢]، وسبب الاستثناء النصوص الواردة في فضل الأذان، ومن ذلك:

١ – حديث عبد الرحمن بن أبي صعصعة الأنصاري عن أبيه أنه أخبره أن أبا سعيد الخدري ﷺ قال له: (إني أراك تحب الغنم والبادية فإذا كنت في غنمك أو باديتك فأذنت بالصلاة فأرفع صوتك بالنداء فإنه لا يسمع مدى صوت المؤذن جن ولا إنس ولا شيء إلا شهد له يوم القيامة) قال أبو سعيد سمعته من رسول الله ﷺ[٣].

٢ – حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا)[٤].

٣ – حديث معاوية بن أبي سفيان ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (المؤذنون أطول الناس أعناقاً يوم القيامة)[٥].

وجه الاستدلال: هذه الأحاديث تدل على فضل الأذان وأنه يشهد للمؤذن من سمعه من جن وإنس وشجر وحجر، وأن المؤذنين أطول الناس أعناقاً يوم القيامة و لم يرد هذا الفضل في الإمامة.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٤/١).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) تقدم تخريجه ص (٥٣٤).

(٤) تقدم تخريجه ص (٥٣٤).

(٥) تقدم تخريجه ص (٥٣٤).

٤ – حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن، اللهم أرشد الأئمة وأغفر للمؤذنين)[١].

وجه الاستدلال: أن الأمانة أعلى من الضمان والمغفرة أعلى من الإرشاد، فدل على أفضلية الأذان على الإمامة[٢].

والصحيح عدم اندراج هذه المسألة تحت القاعدة كما سبق بيانه في المقصد السابق.

* * *

(١) تقدم تخريجه ص (٥٣٤).

(٢) انظر: مغني المحتاج (١/١٣٨)، المغني (٢/٥٥).

المسألة الثالثة: إبراء المعسر بالدين[1] أفضل من إنظاره[2].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اتفق الأئمة الأربعة على أن إنظار المعسر واجب، وإبراء المعسر مندوب، وأن الإبراء أفضل من الإنظار[3].

الأدلة:

١ – قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾[4].

وجه الاستدلال: قوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾، أي: فعليكم أن تنظروه، والأمر للوجوب، وقوله: ﴿وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ بيان أن الإبراء أعظم أجراً من الإنظار، فجعل سبحانه الإبراء أفضل من الإنظار[5].

٢ – أن مصلحة الإبراء أعظم من الإنظار لاشتماله على الواجب الذي هو الإنظار، فمن أبرئ مما عليه فقد حصل له الإنظار؛ وهو عدم المطالبة في الحال[6].

---

(١) الإعسار: الافتقار، وفي الاصطلاح: "عدم القدرة على النفقة أو أداء ما عليه بمال ولا كسب".
انظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٢٣٤/١).

(٢) انظر: الفروق للقرافي (٢٣٠/٢)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٨٦/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٣/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٦٨/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٦/٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٧٣/٧)، حاشية ابن عابدين (٢٤٩/١)، حاشية الخرشي (٣٩٣/٣)، منح الجليل (٧١١/١)، أسنى المطالب (٩٨/٣)، مغني المحتاج (٢١٤/٤)، المغني (٥٨٥/٦)، كشاف القناع (٤١٨/٣).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٨٠).

(٥) انظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن (٥٧/٥، ٦٣).

(٦) انظر: الفروق للقرافي (٢٣٠/٢).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إنظار المعسر بالدين واجب وإبراؤه منه مندوب إليه، وبحسب قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"، فإن الإنظار أفضل من الإبراء.

لكن الأئمة الأربعة اتفقوا على أن الإبراء أفضل من الإنظار، وبهذا فإن المسألة مستثناة من القاعدة عند من قال به.

والقول بالاستثناء فيه نظر لاختلاف جهة الأفضلية فإن إنظار المعسر واجب دفعاً لأذاه بالمطالبة، وفي إبرائه ذلك مع زيادة إسقاط الدين عنه بالكلية، ففي الإبراء زيادة فضيلة الإسقاط[1].

قال ابن السبكي: «الإبراء يشتمل على الإنظار اشتمال الأخص على الأعم لكونه تأخيراً للمطالبة، فلم يفضل ندبُ واجباً، وإنما فضل واجب – وهو الإنظار الذي تضمنه الإبراء، وزيادة وهو خصوص الإبراء – واجباً آخر، وهو مجرد الإنظار، وقد يقال: إن الإبراء محصل لمقصود الإنظار وزيادة، وهذا كله بتقدير تسليم أن الإبراء أفضل، وغاية ما استدل عليه بقوله تعالى: ﴿وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾[2]، وهذا يحتمل أن يكون افتتاح كلام فلا يكون دليلاً على أن الإبراء أفضل، ويتطرق من هذا إلى أن الإنظار أفضل، لشدة ما يناله المنظر من ألم الصبر، مع شوق القلب، وهذا فضل ليس في الإبراء الذي فيه اليأس»[3].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها القرافي[4]، والسيوطي[5]، وابن نجيم[6] من قاعدة: "الفرض

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (١/٢٤٩).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٨٠).

(٣) الأشباه والنظائر (١/١٨٧).

(٤) انظر: الفروق للقرافي (٢/٢٣٠).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٣).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٢).

أفضل من النفل"، والسبب ما ورد من النصوص في فضل الإبراء، ومن ذلك:

١ - قال الله تعالى: ﴿وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾[1]، فجعله سبحانه أفضل من الإنظار، وسبب ذلك أن مصلحته أعظم لاشتماله على الواجب الذي هو الإنظار[2].

٢ - حديث أبي هريرة ﵁ أن النبي ﷺ قال: (كان ممن كان قبلكم تاجر يداين الناس فإن رأى معسراً قال لفتيانه تجاوزوا عنه لعل الله أن يتجاوز عنا فتجاوز الله عنه)[3]، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ له في شرعنا؛ لأنه ﷺ لم يسق هذا لأمته إلا لمشروعيته وأفضليته[4].

* * *

---

(١) سورة البقرة،الآية (٢٨٠).

(٢) انظر: الفروق للقرافي (٢/٢٣٠).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب من انظر معسراً، رقم (٢٠٧٨)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب فضل إنظار المعسر، رقم (١٥٦٢).

(٤) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٦٩).

المسألة الرابعة: ابتداء السلام سنة أفضل من رده الواجب[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

ابتداء السلام سنة عند جمهور العلماء (قول عند الحنفية[٢]، وقول المالكية[٣]، والشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥]) بينما ذهب الحنفية ورواية عند الحنابلة إلى وجوب ابتداء السلام[٦].

والراجح أنه سُنة لحديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (حق المسلم على المسلم ست، قيل: ما هن يا رسول الله؟ قال: إذا لقيته فسلم عليه، وإذا دعاك فأجبه، وإذا استنصحك فانصح له، وإذا عطس فحمد الله فشمته، وإذا مرض فعده، وإذا مات فاتَّبِعْه)[٧].

وأما رد السلام فواجب باتفاق الأئمة الأربعة[٨]، فإن كان المُسَلَّم عليه واحداً تعين عليه الرد، وإن كانوا جماعة فالرد فرض كفاية عليهم، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾[٩].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٨٦/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٣/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، الموهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٦٩/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٦/٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، حاشية ابن عابدين (١٤٩/١).

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ (٢٧٩/٧)، منح الجليل (٧١١/١).

(٤) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي (١٤٠/١٤)، مغني المحتاج (٢١٤/٤).

(٥) انظر: الآداب الشرعية (٣٥١/١)، الإنصاف (٢٣٦/٥).

(٦) انظر: شرح فتح القدير (٢٧٤/٧)، العناية على الهداية (٢٧٣/٧)، الآداب الشرعية (٣٥١/١).

(٧) أخرجه مسلم في كتاب السلام، باب حق المسلم للمسلم رد السلام، رقم (٢١٦٢).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٢٦٤/١)، حاشية ابن عابدين (٢٤٩/١)، المنتقى شرح الموطأ (٢٧٩/٧)، التاج والإكليل (٥٢٦/١)، شرح صحيح مسلم للنووي (١٤٠/١٤)، مغني المحتاج (٢١٤/٤)، الآداب الشرعية (٣٥٥/١)، كشاف القناع (١٥٢/٢).

(٩) سورة النساء، الآية (٨٦).

وأما مسألة أيهما الأفضل ابتداء السلام أم رده:

فإن ابتداء السلام أفضل من رده باتفاق المذاهب الأربعة[١]، واستدلوا على ذلك بالآتي:

١ – حديث أنس ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (وخيرهما الذي يبدأ بالسلام)[٢].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن ابتداء السلام أفضل من الرد، وذلك لأن المبتدئ فعل حسنة وتسبب إلى فعل حسنة[٣].

٢ – أن ابتداء السلام يشتمل على مصلحة الواجب وهو الرد[٤].

٣ – أن ابتداء السلام فيه فضيلة التقدم من إظهار التواد بين المسلمين وإفشائه[٥].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الابتداء بالسلام سنة عين إن كان المُسَلِّم واحداً وسنة كفاية إن كانوا جماعة[٦]، ورده فرض عين على المُسَلَّم عليه المنفرد وفرض كفاية على الجماعة المُسَلَّم عليهم[٧].

وبحسب قاعدة: "الفرض أفضل من النفل" فإن رد السلام أفضل من الابتداء، إلا أن العلماء قالوا: ابتداء السلام أفضل من الرد الواجب[٨]، وبهذا القول فإن المسألة مستثناة

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، حاشية ابن عابدين (١/٢٥٠)، منح الجليل (١/٧١١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٣)، مغني المحتاج (٤/٢١٤)، الفروع (٢/٢٤٢).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب الهجرة، وقول رسول الله ﷺ: (لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث)، رقم (٦٠٧٧)، ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر شرعي، رقم (٢٥٦٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٣).

(٤) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٧٠).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (١/٢٤٩).

(٦) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٧٠).

(٧) انظر: كشاف القناع (٢/١٥٢).

(٨) انظر: ص (٥٤١).

من القاعدة عند من قال به[١].

وفي القول بالاستثناء نظر؛ لأن أفضلية ابتداء السلام جاءت من جهة ابتداء المفشي له بإظهار المودة، فله فضيلة التقدم[٢]، وأما حديث: (وخيرهما الذي يبدأ بالسلام)[٣] فإنه "ورد في المسلمين يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا فكان المبتدئ خيراً من حيث إنه هو مبتدئ في ترك ما كرهه الشارع من التقاطع لا من حيث أنه مُسَلِّم"[٤].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها السيوطي[٥]، وابن نجيم[٦] من قاعدة: "الفرض أفضل من النفل"، وسبب الاستثناء السنة النبوية، قال السيوطي: «ابتداء السلام، فإنه سنة، والرد واجب، والابتداء أفضل، لقوله ﷺ: (وخيرهما الذي يبدأ بالسلام)[٧]»[٨].

وهذا الاستثناء فيه نظر كما سبق بيانه في المقصد السابق؛ لأن الأفضلية جاءت من جهة فضيلة التقدم لا من تفضيل المندوب على الواجب.

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٣/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٢٤٩/١).

(٣) تقدم تخريجه ص (٥٤٢).

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٨٨/١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٣١٣/١).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٢).

(٧) تقدم تخريجه ص (٥٤٢).

(٨) الأشباه والنظائر (٣١٣/١).

الفصل السادس عشر

المستثنيات من قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها"

وفيه تمهيد، ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها".

* * *

قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاها.

١ – معنى القاعدة:

أن الثواب الحاصل بسبب ذات العبادة أكثر من المتعلق بمكانها أو الموضع التي تؤدى فيه[٢].

٢ – دليل القاعدة:

قال الجرهزي: «الفضيلة المتعلقة بذات العبادة أولى من المتعلقة بمكانها... والدليل على ذلك أن رجوع الشيء إلى الشيء من حيث هو أليق به من رجوعه إليه لأمر خارج»[٣].

٣ – تطبيقات القاعدة.

١ – الجماعة في البيت أفضل من الانفراد في المسجد.

٢ – صلاة النفل في البيت أفضل منها في المسجد – مع شرف المسجد –.

٣ – الرمل مع البعد عن الكعبة أفضل من القرب بلا رمل[٤].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢١٤/١)، المنثور في القواعد (١٧٨/٢)، قواعد الحصني (٣٧٤/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٥/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٧٨/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (١٧٨/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٣٩)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥٢/٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٣٨/٢).

(٢) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢٧٨/٢)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥٢/٧).

(٣) المواهب السنية شرح الفرائد البهية (٧٣٨/٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢١٤/١)، المنثور (١٧٨/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٥/١).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها"

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الجماعة القليلة في المسجد القريب إذا خشي التعطيل لو لم يحضر فيه، أفضل من الكثيرة في غيره.

المسألة الثانية: الجماعة في المسجد أفضل منها في غيره وإن كثرت.

* * *

المسألة الأولى: الجماعة القليلة في المسجد القريب إذا خشي التعطيل لو لم يحضر فيه أفضل من الكثيرة في غيره[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

فعل الصلاة فيما كثرت فيه الجماعة من المساجد أفضل من غيره في قول عند الحنفية[٢]، وقول المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]؛ لحديث أبي بن كعب[٦] ﷺ أن النبي ﷺ قال: (صلاة الرجل مع الرجل أزكى من صلاته وحده، وصلاته مع الرجلين أزكى من صلاته مع الرجل، وما كان أكثر فهو أحب إلى الله تعالى)[٧].

وأما إذا كان الذهاب إلى البعيد الأكثر جماعة يؤدي إلى تعطيل المسجد القريب فالقريب أفضل وأولى، وإن كان أقل جماعة من البعيد باتفاق المذاهب الأربعة[٨].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/١٧٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٦)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٨٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣٩).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (١/٣٤٥)، حاشية ابن عابدين (٢/٤٣٣)، وعند الحنفية قول بأفضلية الأقرب وإن كان أقل جماعة. انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: حاشية الخرشي (٢/١٣٣)، منح الجليل (١/٢١١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/٤٤٥)، الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٢/١٤٣).

(٥) انظر: المغني (٣/٩)، الإنصاف (٤/٢٧٥).

(٦) أبو المنذر أبي بن كعب بن قيس بن عبيد بن زيد بن النجار الأنصاري، سيد القراء، كان من أصحاب العقبة الثانية، شهد بدراً والمشاهد كلها، توفي سنة (٢١هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (١/٣٨٩)، الإصابة في تمييز الصحابة (١/١٦).

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب فضل صلاة الجماعة، رقم (٥٥٤)، والنسائي في كتاب الإمامة باب الجماعة إذا كانوا اثنين، رقم (٨٤٣)، وأحمد برقم (٢١٢٦٥)، وابن حبان في كتاب الصلاة، باب الإمامة والإمام، فصل في فضل الجماعة، رقم (٢٠٥٦)، قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٢٤): قال النووي: «إسناده صحيح إلا أن ابن أبي بصير سكتوا عنه، ولم يضعفه أبو داود»، وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (٥٥٤).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين (٢/٤٩٥)، غمز عيون البصائر (٢/٣٢)، حاشية الخرشي (٢/١١٤)، حاشية الدسوقي (١/١٩١)، روضة الطالبين (١/٤٤٥)، الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٢/١٤٣)، المغني (٣/٩)، الإنصاف (٤/٢٧٥).

الأدلة:

١ - أن بحضوره يعمر المسجد بإقامة الجماعة ويحصلها من يصلي فيه، فيحصل له ثواب عمارة المسجد[١].

٢ - أن ذهابه إلى مسجد آخر يؤدي إلى تعطيل بيت من بيوت الله، وفي هذا ضرر وخطر عظيم[٢].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

فضيلة الجماعة الكثيرة تتعلق بذات العبادة، وفضيلة الحفاظ على المسجد القريب من التعطيل يتعلق بمكان العبادة[٣].

وبحسب قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها"، فإن الصلاة في المسجد البعيد إذا كانت جماعته كثيرة أولى من الصلاة في المسجد القريب قليل الجماعة، إلا أن هذه المسألة استثنيت من القاعدة فقدمت الفضيلة المتعلقة بمكان العبادة فقال العلماء: الصلاة في المسجد القريب وإن كان أقل جماعة أولى من الصلاة في المسجد البعيد كثير الجماعة إذا كان يخشى تعطيل المسجد القريب بالذهاب إلى البعيد[٤].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[٥]، والسيوطي[٦]، من قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها".

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٧٤/٤).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٤٥/١).

(٣) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢٧٨/٢).

(٤) انظر: ص (٥٤٧).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (١٧٩/٢).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٣١٦/١).

والسبب: اعتناء الشرع بإظهار شعار الجماعة في المساجد وعمارتها بـذكر الله، ودفعاً للضرر والخطر المترتب على إغلاق المساجد وتعطيلها من الصلاة وذكر الله عز وجل.

* * *

المسألة الثانية: الجماعة في المسجد أفضل منها في غيره وإن كثرت[1].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اتفق الأئمة الأربعة على أن صلاة الجماعة في المسجد أفضل من الجماعة في غيره[2]، وإن اختلفوا في حكمها[3].

الأدلة على ذلك:

١ - حديث زيد بن ثابت ﷺ أن النبي ﷺ قال: (صلوا أيها الناس في بيوتكم فإن أفضل صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة)[4].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن صلاة المكتوبة في المسجد أفضل من الصلاة في غيره.

٢ - حديث أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: (من غدا إلى المسجد أو راح أعد الله له في الجنة نزلاً كلما غدا أو راح)[5].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١/١٧٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٦)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٨٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٣٩).

(٢) انظر: المبسوط (٣/١٣٣)، حاشية ابن عابدين (٢/٢٩٠)، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر (١/٢٦٠)، حاشية العدوي على الخرشي (٢/١٢٩، ١٣٠)، المجموع (٣/١٨٢)، مغني المحتاج (١/٢٣٠)، كشاف القناع (١/٤٥٦)، مطالب أولي النهي (١/٦١٠).

(٣) اختلف الأئمة الأربعة في حكم صلاة الجماعة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن صلاة الجماعة واجبة، وهذا قول الحنفية، ووجه عند الشافعية ورواية عند الحنابلة.

انظر: بدائع الصنائع (١/١٥٥)، المجموع (٤/٧٥)، الإنصاف (٤/٢٦٥).

القول الثاني: أن صلاة الجماعة فرض كفاية، وهذا قول بعض الشافعية، وبعض الحنابلة.

انظر: المجموع (٤/٧٥)، الإنصاف (٤/٢٦٥).

القول الثالث: أن صلاة الجماعة سُنة، وهذا قول بعض الحنفية، وقول المالكية ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

انظر: بدائع الصنائع (١/١٥٥)، حاشية الخرشي (٢/١٣٢)، المجموع (٤/٧٥)، الإنصاف (٤/٢٦٥).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب صلاة الليل، رقم (٧٣١)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب صلاة النافلة في بيته وجوازها في المسجد، رقم (٧٨١).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب فضل من غدا إلى المسجد ومن راح، رقم (٦٦٢)، ومسلم في=

وجه الاستدلال: أن الله تعالى يعطي قاصد المسجد ثواباً زائداً على فضل الجماعة، وفي هذا دلالة على أفضلية الصلاة في المسجد على غيره.

٣ - حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (صلاة أحدكم في جماعة تزيد على صلاته في بيته وصلاته في سوقه بضعاً وعشرين درجة، وذلك بأنه إذا توضأ فأحسن الوضوء ثم أتى المسجد لا يريد إلا الصلاة لم يخط خطوة إلا رفع بها درجة وحطت عنه خطيئة حتى يدخل المسجد، والملائكة تصلي على أحدكم ما دام في مصلاه الذي يصلي فيه، اللهم صل عليه اللهم ارحمه، ما لم يحدث فيه، ما لم يؤذ فيه)، وقال: (أحدكم في صلاة ما كانت الصلاة تحبسه)[1].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على فضل الصلاة في المسجد بصلاة الملائكة ورفعة الدرجات ومغفرة الخطايا.

٤ - أن الصلاة في المسجد فيها إظهار شعار الجماعة، وشرف المكان، وتكثير سواد المسلمين، وائتلاف قلوبهم[2].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا كانت هناك جماعة كثيرة تؤدي الصلاة في غير المسجد، وأخرى جماعة قليلة تؤديها في المسجد، فكثرة عدد المصلين في غير المسجد فضيلة تتعلق بذات العبادة، والصلاة في جماعة قليلة في المسجد فضيلة تتعلق بمكان العبادة، وبحسب قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها"، فإن الجماعة الكثيرة في غير المسجد أفضل من الجماعة القليلة في المسجد.

=كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب المشي إلى الصلاة تمحى به الخطايا وترفع به الدرجات، رقم (٦٦٩).

(١) تقدم تخريجه ص (٥٣١) واللفظ للبخاري.

(٢) انظر: كشاف القناع (١/٤٥٦).

إلا أن العلماء اتفقوا على أن الصلاة في المسجد بعدد قليل أفضل من الصلاة في غيره وإن كان أكثر جماعة[١]، وعلى هذا فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[٢]، والسيوطي[٣]، من قاعدة: "الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكان العبادة".

وسبب الاستثناء: فيما يظهر اعتناء الشرع في إظهار شعار الجماعة في المساجد أكثر من الاعتناء بإقامة الجماعات في البيوت، وذلك لفضل كثرة الخطا إلى المساجد، وعمارتها بطاعة الله، قال الله تعالى: ﴿ إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَاجِدَ اللَّهِ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ . . . ﴾[٤]، وقال ﷺ: (من غدا إلى المسجد أو راح أعد الله له نزلاً من الجنة كلما غدا أو راح)[٥].

* * *

(١) انظر: ص (٥٥٠).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (١/١٧٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٦).

(٤) سورة التوبة، الآية (١٨).

(٥) تقدم تخريجه ص (٥٥٠).

الفصل السابع عشر

المستثنيات من قاعدة: "الواجب لا يترك إلا لواجب"

وفيه تمهيد ومبحث واحد.

- التمهيد في معنى القاعدة وتطبيقاها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الواجب لا يترك إلا لواجب".

* * *

قاعدة: "الواجب لا يترك إلا لواجب"[١]

وردت هذه القاعدة بهذا اللفظ، ووردت بلفظ: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب"، وبلفظ: "الواجب لا يترك لسنة"[٢].

التمهيد في معنى القاعدة وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

أن الواجب لا يجوز تركه دون فعله إلا لواجب مثله، وأنه لا يجوز تركه لسنة، لأن الواجب أفضل من النفل[٣].

ومعناها بلفظ: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب"، أن الأمور الممنوع فعلها على المكلف ويحرم عليه ارتكابها إذا أجاز الشرع فعلها أصبح فعلها واجباً، وما كان واجباً لا يجوز تركه إلا بعذر أو ضرورة أو شبهة[٤].

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – قطع اليد في السرقة لو لم يجب لكان حراماً[٥].

٢ – الختان لو لم يجب لكان حراماً لما فيه من قطع عضو وكشف العورة والنظر إليها[٦].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٥٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٦)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٨٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٢/٢٨٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤١)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٢/١٣٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٤٠).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٢/١٣٨).

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٩/١٩٩).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٦).

(٦) انظر: المرجع السابق.

٣ – قتل الإنسان المعصوم محرم وممنوع، لكن إذا قتل غيره بغير حق فيجب قتلـــه لأمر الشرع بذلك[١].

* * *

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٩٩/٩).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الواجب لا يترك إلا لواجب"

وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: سجود السهو لا يجب، ولو لم يشرع لم يجز.

المسألة الثانية: قتل الحية في الصلاة لا يجب، ولو لم يشرع لكان مبطلاً للصلاة.

المسألة الثالثة: زيادة ركوع في صلاة الكسوف لا يجب، ولو لم يشرع لم يجز.

المسألة الرابعة: رفع اليدين على التوالي في تكبيرات العيد.

المسألة الخامسة: النظر إلى المخطوبة لا يجب، ولو لم يشرع لم يجز.

* * *

المسألة الأولى: سجود السهو لا يجب[١]، ولو لم يشرع لم يجز[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة.

اختلف الأئمة الأربعة في حكم سجود السهو على قولين:

القول الأول: أن سجود السهو واجب، وهذا قول الحنفية[٣]، والحنابلة في المعتمد عندهم[٤].

القول الثاني: أن سجود السهو سنة، وهذا قول بعض الحنفية[٥]، والمشهور من مذهب المالكية[٦]، والشافعية[٧]، ورواية عند الحنابلة[٨].

القول الثالث: أن سجود السهو واجب في الأفعال، سنة في الأقوال، وواجب في النقصان، وسنة في الزيادة، وهذا قول للإمام مالك[٩].

أدلة القول الأول:

١ – حديث عبد الله بن مسعود ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب، فليتم عليه ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتين)[١٠].

---

(١) بناء على قول الشافعية أن سجود السهو سنة.

(٢) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٥٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٦)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٨٤)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٢)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٩/٢٠٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٤١).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (١/٥٠٢)، حاشية ابن عابدين (٢/٥٤٠).

(٤) انظر: الكافي لابن قدامة (١/٣٨١)، الفروع (٢/٣١٥).

(٥) انظر: شرح فتح القدير (١/٥٠٢)، حاشية ابن عابدين (٢/٥٤٠).

(٦) انظر: مواهب الجليل (٢/٢٨٥)، حاشية الخرشي (٢/١٧).

(٧) انظر: روضة الطالبين (١/٤٠٤)، مغني المحتاج (١/٢٠٤).

(٨) انظر: الكافي لابن قدامة (١/٣٨١)، الفروع (٢/٣١٥).

(٩) انظر: بداية المجتهد (١/٣٢٩)، قوانين الأحكام الشرعية (٨٨).

(١٠) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب إذا صلى خمساً رقم (١٠٢٠)، والنسائي في كتاب السهو، باب التحري رقم (١٢٤٠)، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ما جاء فيمن شك في صلاته فتحرى الصواب رقم (١٢١٢)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود رقم (١٠٢٠).

٢ - حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (إذا قام أحدكم يصلي جاء الشيطان فَلَبَس عليه، حتى لا يدري كم صلى، فإذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس)[١].

وجه الاستدلال من الحديثين: أن النبي ﷺ أمر بالسجود عند السهو، والأمر للوجوب حقيقة، ولا صارف عنه.

٣ - أن سجود السهو شرع لجبر واجب، فكان واجباً كجبرانات الحج[٢].

أدلة القول الثاني:

١ - حديث عبد الله بن بحينة[٣] ﷺ أنه قال: (صلى لنا رسول الله ﷺ ركعتين من بعض الصلوات، ثم قام، فلم يجلس، فقام الناس معه، فلما قضى صلاته ونظرنا تسليمه كبر قبل التسليم، فسجد سجدتين وهو جالس ثم سلم)[٤].

٢ - حديث عبد الله بن مسعود ﷺ (أن رسول الله ﷺ صلى الظهر خمساً، فقيل له: أزيد في الصلاة؟ فقال: وما ذاك؟ قالوا: صليت خمساً، فسجد سجدتين بعدما سلم)[٥].

وجه الاستدلال: أن سجود النبي ﷺ فعل، وأفعاله ﷺ محمولة على الندب[٦]؛

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب السهو، باب إذا لم يدر كم صلى - ثلاثاً أو أربعاً - سجد سجدتين وهو جالس رقم (١٢٣١)، ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له رقم (٣٨٩).

(٢) انظر: الكافي لابن قدامة (١/٣٨١).

(٣) أبو محمد عبد الله بن مالك بن جندب بن نضلة بن عبد الله بن الأزد الأسدي، المعروف بابن بحينة وهي أمه، أسلم قديماً وكان ناسكاً فاضلاً، توفي سنة ٥٦هـ.

انظر: الوافي بالوفيات (١٧/٤١٧)، الإصابة في تمييز الصحابة (٤/١٢٤)، تهذيب التهذيب (٥/٣٨١).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب السهو باب ما جاء في السهو إذا قام من ركعتي الفريضة رقم (١٢٢٤)، ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له رقم (٥٧٠).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب السهو، باب إذا صلى خمساً، رقم (١٢٢٦)، ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له رقم (٥٧٢).

(٦) انظر: بداية المجتهد (١/٣٢٩).

بالقياس وذلك أن السجود لم ينب عن فرض فقط، بل شرع لترك غير واجب، والبـــدل عما ليس بواجب ليس بواجب(١).

دليل القول الثالث:

١ – أن الأفعال في الصلاة أكثر من الأقوال وآكد منها، فكان سجود السهو فيها واجباً(٢).

٢ – أن السجود في النقصان شرع بدلاً مما سقط من أجزاء الصلاة فكان واجباً، وسجود الزيادة كأنه استغفار لا بدل(٣).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول من أن سجود السهو واجب، إلا أن يكـــون المتروك سنة فالسجود له مسنون، فإنه ورد في مشروعية سجود الـــسهو أفعالـــه ﷺ، وأقواله التي جاءت بصيغة الأمر فكان بهذا واجباً، ولكن إذا كان المتروك سنة من السنن، فالسجود لها مسنون، لأن الفرع لا يزيد على أصله(٤).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الفعل الزائد في الصلاة لا يجوز فعله، ومن ذلك سجود السهو، لو لم يشرع لم يجز، فلما جوزه الشارع كان مقتضاه أن يجب(٥).

وعلى قول الحنفية والحنابلة بوجوب سجود السهو فإن المسألة متفرعة من قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب"، وأما على القول بأن سجود السهو سنة فـــإن المـــسألة مستثناة من القاعدة.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١/٢٠٥).

(٢) انظر: بداية المجتهد (١/٣٢٩).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: السيل الجرار (١/٢٧٤).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٥٠).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزركشي[١]، والسيوطي[٢]، من قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب"، بناء على قول الشافعية بأن سجود السهو سنة[٣].

والسبب: حمل ما ورد في السنة النبوية من أقوال النبي ﷺ وأفعاله على الندب؛ فالشافعية حملوها على الندب وأخرجوها عن الوجوب بالقياس، وذلك أنه لما كان السجود لم ينب عن فرض فقط، بل شرع لترك غير واجب، والبدل عما ليس بواجب ليس بواجب[٤].

* * *

(١) انظر: المنثور في القواعد ٢/٢٥٠.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٣١٦/١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤٠٤/١)، مغني المحتاج (٢٠٤/١).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢٠٥/١).

المسألة الثانية: قتل الحية في الصلاة لا يجب ولو لم يشرع لكان مبطلاً للصلاة[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

قتل الحية في الصلاة جائز باتفاق الأئمة الأربعة، إلا أن المالكية خصوا الجواز في حال ما إذا كانت الحية مقبلة عليه وكرهوا قتلها في حال عدم إقبالها[٢].

قال ابن المنذر: «قتل الحية والعقرب في الصلاة مباح، وبه يقول عوام أهل العلم»[٣].

والدليل على جواز القتل:

حديث أبي هريرة ﷺ قال: (أمرنا رسول الله ﷺ بقتل الأسودين في الصلاة، العقرب والحية)[٤].

والأمر في الحديث محمول على الاستحباب لا على الوجوب[٥].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

قتل الحية في الصلاة جائز وليس بواجب، ولو لم يشرع لكان مبطلاً للصلاة لما فيه من الحركة الكثيرة[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٧/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٨٤/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٢)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٣٩/١٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٤١/٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٤٢/١)، شرح فتح القدير (٤١٧/١)، مواهب الجليل (٣١٣/٢)، حاشية الخرشي (٤٤/٢)، المجموع (٣٣/٤)، نهاية المحتاج (٤٩/٢)، الفروع (٢٦٥/٢)، الإنصاف (٦١٠/٣).

(٣) الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف (٢٧٠/٣).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب العمل في الصلاة رقم (٩٢١)، والترمذي في كتاب الصلاة، باب ما جاء في قتل الحية والعقرب في الصلاة رقم (٣٩٠)، والنسائي في كتاب السهو باب قتل الحية والعقرب في الصلاة رقم (١٢٠٢)، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ما جاء في قتل الحية والعقرب في الصلاة رقم (١٢٤٥)، وأحمد برقم (٧١٧٨)، قال الترمذي: «حديث حسن صحيح»، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي رقم (٣٩٠).

(٥) انظر: المجموع (٣٣/٤)، سبل السلام (٢٣٧/١).

(٦) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢٨٤/٢).

ولو قلنا بوجوبه لكان متفرعاً من قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب"، وحيث إن العلماء اتفقوا على الجواز فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب"[(١)].

والسبب: حمل الأمر الوارد في حديث أبي هريرة ﷺ قال: (أمرنا رسول الله ﷺ بقتل الأسودين في الصلاة، العقرب والحية)[(٢)] على الندب لا على الوجوب وهـو رأي الجمهور[(٣)]، ولعل ذلك لأن القتل ينافي الصلاة ويبطلها إذا كان العمل كثيراً.

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٧).

(٢) تقدم تخريجه ص (٥٦١).

(٣) انظر: المجموع (٤/٣٣)، سبل السلام (١/٢٣٧).

المسألة الثالثة: زيادة ركوع في صلاة الكسوف لا يجب، ولو لم يشرع لم يجز[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء في أن صلاة الكسوف ركعتان[٢]، واختلفوا في كيفية الصلاة بها على قولين:

القول الأول: أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة قيامان، وقراءتان، وركوعان وسجدتان، وهذا قول المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: أن صلاة الكسوف ركعتان، في كل ركعة قيام واحد، وركوع واحد وسجدتان كسائر النوافل، وهذا قول الحنفية[٦].

دليل القول الأول:

١ – حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: (كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ، فصلى الرسول ﷺ والناس معه، فقام قياماً طويلاً نحواً من سورة البقرة، ثم ركع ركوعاً طويلاً، ثم قام قياماً طويلاً وهو دون القيام الأول ثم ركع ركوعاً طويلاً، وهو دون الركوع الأول...)[٧].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٥٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٧)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٨٥)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٤١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١/٢٨٠)، شرح فتح القدير (٢/٨٤)، مواهب الجليل (٢/٥٨٦)، حاشية الدسوقي (١/٣٧٠)، روضة الطالبين (١/٥٩١)، مغني المحتاج (١/٣١٧)، المغني (٣/٣٢٣)، كشاف القناع (٢/٦٢).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٢/٥٨٦)، حاشية الدسوقي (١/٣٧٠).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/٥٩١)، مغني المحتاج (١/٣١٧).

(٥) انظر: المغني (٣/٣٢٣)، كشاف القناع (٢/٦٢).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (١/٢٨٠)، شرح فتح القدير (٢/٨٤).

(٧) تقدم تخريجه ص (٥٢٠).

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن النبي ﷺ ركع في كل ركعة ركوعين.

دليل القول الثاني:

١ - حديث أبي بكرة [(١)] رضي الله عنه قال: (كنا عند رسول الله ﷺ فانكسفت الشمس فقام رسول الله ﷺ يجر رداءه حتى دخل فدخلنا، فصلى بنا ركعتين)[(٢)].

وجه الاستدلال: أن مطلق الصلاة ينصرف إلى الصلاة المعهودة بركعتين في كل ركعة ركوع واحد[(٣)].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول، من أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة قيامان وركوعان وسجدتان كما هو ثابت في حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وبعد أن تبين أن لهذه الصلاة هيئة مخصوصة عند غير الحنفية بركوعين في كل ركعة، فإن الأئمة الثلاثة اختلفوا في الركوع الثاني في صلاة الكسوف من كل ركعة أواجب هو أم سنة على قولين:

القول الأول: أن الركوع الأول واجب وتدرك الركعة به من كل ركعة، وأما الركوع الثاني فسُنة، وهذا قول الشافعية [(٤)]، والحنابلة [(٥)].

القول الثاني: أن الركوع الثاني واجب والأول سنة فتدرك الركعة بالركوع الثاني،

---

(١) أبو بكرة نُفَيْع بن الحارث بن كلدة الثقفي، تدلى في حصار الطائف ببكرة فاشتهر بأبي بكرة، وفر إلى النبي ﷺ وأسلم على يده، وأعلمه أنه عبد فأعتقه، مولى النبي ﷺ وكان من فضلاء الصحابة، توفي سنة ٥٢هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٥/٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (٢٥٢/٦)).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الكسوف باب الصلاة في كسوف القمر رقم (١٠٤٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٨١/١).

(٤) انظر: المجموع (٦٥/٥)، مغني المحتاج (٢٦١/١).

(٥) انظر: الإنصاف (٤٠٤/٥)، كشاف القناع (٦٤/٢).

وهذا قول المالكية[١].

دليل القول الأول:

١ — حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما (أن النبي ﷺ لما كسفت الشمس قام قياماً طويلاً ثم ركع ركوعاً طويلاً ثم قام قياماً طويلاً، وهو دون القيام الأول، ثم ركع ركوعاً طويلاً وهو دون الركوع الأول)[٢].

وجه الاستدلال: فعل النبي ﷺ دليل السنية، ويصرف حمل الحديث عن الوجوب ما ورد عن النبي ﷺ أنه صلاها بركوع واحد [٣].

دليل القول الثاني:

أن الركوع الثاني يؤتى به في محله، فَيَصِل أوله بالقراءة، والرفع منه بالسجود، بخلاف الركوع الأول؛ لأنه في أثناء القراءة وهي محمولة عن المسبوق فوجب أن يكون الركوع الأول محمولاً عنه[٤].

الترجيح:

الراجح والله أعلم القول الأول، لأن الأصل هو الركوع الأول وقيامه، والركوع الثاني وقيامه في حكم التابع.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

زيادة ركوع ثانٍ في الركعة الواحدة في الصلاة لا يجوز[٥]، وأما الركوع الثاني في صلاة الكسوف فمشروع، ولو لم يشرع لم يجز، ولما أجازه الشارع كان بمقتضى قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب"، أن يجب، إلا أن العلماء من الشافعية والحنابلة قالوا: إنه

---

(١) انظر: حاشية الخرشي (٢/٣٠٨)، حاشية الدسوقي (١/٣٧١).

(٢) تقدم تخريجه ص (٥٢٠).

(٣) تقدم تخريجه ص (٥٦٤).

(٤) انظر: حاشية الخرشي (٢/٣٠٨).

(٥) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٨٥).

سنة، وبهذا فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزركشي[١]، والسيوطي [٢]، من قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب".

والسبب السنة النبوية[٣] كما في حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما (أن النبي ﷺ لما كسفت الشمس قام قياماً طويلاً، ثم ركع ركوعاً طويلاً، ثم قام قياماً طويلاً وهو دون القيام الأول، ثم ركع ركوعاً طويلاً، وهو دون الركوع الأول)[٤]، ويصرف حمل الحديث عن الوجوب ما ورد عن النبي ﷺ في حديث أبي بكرة رضي الله عنه أنه صلاها بركوع واحد[٥].

* * *

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٥٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٧).

(٣) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٨٥).

(٤) تقدم تخريجه ص (٥٢٠).

(٥) تقدم تخريجه ص (٥٦٤).

المسألة الرابعة: رفع اليدين على التوالي في تكبيرات العيد [١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

التكبيرات الزوائد سنة في صلاة العيد عند جمهور العلماء من المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، وأبي يوسف من الحنفية[٥].

وذهب الحنفية إلى الوجوب[٦].

واختلف الأئمة الأربعة في حكم رفع اليدين في التكبيرات الزوائد على قولين:

القول الأول: يستحب رفع اليدين في كل تكبيرة من التكبيرات الزوائد، وهذا قول الحنفية[٧]، ورواية عن مالك[٨]، وقول الشافعية[٩]، والحنابلة[١٠].

القول الثاني: لا يستحب رفع اليدين في التكبيرات الزوائد، وهذا هو المشهور عند المالكية[١١]، وقول أبي يوسف من الحنفية[١٢].

أدلة القول الأول:

١ – حديث وائل بن حجر[١٣] ﷺ (أن النبي ﷺ كان يرفع يديه مع

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٧/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٨٤/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٤١/٢).

(٢) انظر: حاشية العدوي (٢٩١/٢)، حاشية الدسوقي (٣٦٥/١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥٨٠/١)، مغني المحتاج (٣١١/١).

(٤) انظر: المغني (٢٧٥/٣)، كشاف القناع (٥٦/٢).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٧٧/١).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢٧٨/١)، البحر الرائق (١٠٣/٢).

(٧) انظر: تحفة الفقهاء (١٦٨/١)، بدائع الصنائع (٢٧٧/١).

(٨) انظر: الفواكه الدواني (٣١٨/١).

(٩) انظر: روضة الطالبين (٥٧٩/١)، مغني المحتاج (٣١١/١).

(١٠) انظر: المغني (٢٧٢/٣)، مطالب أولي النهي (٨٠٠/١).

(١١) انظر: مواهب الجليل (٥٧٨/٢)، التاج والإكليل (١٩٥/٢).

(١٢) انظر: تحفة الفقهاء (١٦٨/١)، شرح فتح القدير (٧٧/٢).

(١٣) أبو هنيدة وائل بن حُجْر بن ربيعة بن وائل بن يعمر الحضرمي، كان أبوه من ملوك حضرموت، وفد على=

التكبير)[١].

وجه الاستدلال: أن هذا الحديث عام في كل التكبيرات، ويدخل فيه تكبيرات العيدين، قال الإمام أحمد: «أما أنا فأرى أن هذا الحديث يدخل فيه هذا كله»[٢].

٢ – أن عمر ﷺ كان يرفع يديه في كل تكبيرة في الجنازة وفي العيد[٣]، ولم يعرف له مخالف من الصحابة فكان إجماعاً[٤].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث البراء بن عازب ﷺ قال: (رأيت رسول الله ﷺ يرفع يديه حين افتتح الصلاة، ثم لم يرفعهما حتى انصرف)[٥].

٢ – ما ورد عن عبد الله بن مسعود ﷺ أنه قال: (ألا أصلي بكم صلاة النبي ﷺ، فصلى ولم يرفع يديه إلا في أول مرة)[٦].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لعموم حديث وائل بن حجر ﷺ، وأما حديث البراء وحديث ابن مسعود ﷺ فإنهما وردا في الصلاة المعهودة، ولم يحتج بهما الجمهور في موضعهما لمخالفتهما الأحاديث الصحيحة[٧].

=النبي ﷺ فرحب به وبسط له رداءه، واستعمله على أقيال من حضرموت، وتوفي سنة ٥٠هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/١٢٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (٦/٣١٢).

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب رفع اليدين في الصلاة رقم (٧٢٥)، والإمام أحمد برقم (١٨٨٤٨)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلاة، باب رفع اليدين في الافتتاح مع التكبير (٢/٢٦)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود رقم (٧٢٥).

(٢) انظر: المغني (٣/٢٧٣).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، في كتاب صلاة العيدين، باب رفع اليدين في تكبير العيد (٣/٢٩٣)، وقال: «هو منقطع»، وضعفه الألباني في إرواء الغليل، رقم (٦٤٠).

(٤) انظر: المغني (٣/٢٧٣).

(٥) تقدم تخريجه ص (٤٠٤).

(٦) تقدم تخريجه ص (٤٠٤).

(٧) انظر: ص (٤٠٣).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إن الحركة المتوالية في الصلاة ممنوعة شرعاً وتبطل الصلاة[١]، ورفع اليدين في التكبيرات الزوائد لو لم يشرع لم يجز؛ لأن الرفع والتحريك مطلوبان في هذا المحل، فلذا لم يكن توالي الأعمال مضراً[٢]، وبحسب قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب"، فإن رفع اليدين في تكبيرات الزوائد واجب، لكن لم يقل بهذا أحد من العلماء، وإنما قالوا: بالاستحباب، وبهذا فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب"[٣].

والسبب ما ورد في السنة من أدلة تدل على مشروعية رفع اليدين في التكبيرات الزوائد ، والتي حملها العلماء على الاستحباب لا على الوجوب ومن ذلك:

١ — عموم حديث وائل بن حجر رضي الله عنه قال: (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع يديه مع التكبير)[٤].

٢ — ما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه كان يرفع يديه في تكبيرات العيد[٥]، ولم يعرف له مخالف من الصحابة رضي الله عنهم[٦].

* * *

(١) انظر: المغني (٢/٤٦٢).

(٢) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٨٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٧).

(٤) تقدم تخريجه ص (٥٦٨).

(٥) تقدم تخريجه ص (٥٦٨).

(٦) انظر: المغني (٣/٢٧٣).

المسألة الخامسة: النظر إلى المخطوبة لا يجب، ولو لم يشرع لم يجز[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

النظر إلى المرأة الأجنبية محرم بالكتاب والسنة، ومن ذلك:

١ – قال الله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾[٢].

وجه الاستدلال: في الآية دلالة على وجوب غض البصر للأمر الوارد، والأمر للوجوب[٣].

٢ – حديث بريدة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (يا علي لا تتبع النظرة النظرة، فإن لك الأولى وليست لك الآخرة)[٤].

وجه الاستدلال: نهي النبي ﷺ عن تكرار النظر، والنهي للتحريم، فيحرم النظر إلى المرأة الأجنبية.

٣ – حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا أدرك ذلك لا محالة، فزنا العين النظر، وزنا اللسان النطق، والنفس تمنّى وتشتهي والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه)[٥].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن للعين زنا، والزنا محرم، مما يدل على حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية.

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٥٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٧)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٨٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٢)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٩/٢٠٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٤١).

(٢) سورة النور، الآية (٣٠).

(٣) انظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن (١٧/٢٥٤).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب ما يؤمر به من غض البصر رقم (٢١٤٩)، والترمذي في كتاب الأدب، باب ما جاء في نظرة المفاجأة، رقم (٢٧٧٧)، والإمام أحمد برقم (٢٢٩٩١)، قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث شريك»، وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود رقم (٢١٤٩).

(٥) أخرجه البخاري واللفظ له في كتاب الاستئذان، باب زنا الجوارح دون الفرج، رقم (٦٢٤٣)، ومسلم في كتاب القدر، باب قُدِّر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره، رقم (٢٦٥٧).

واختلف الأئمة الأربعة في حكم نظر الخاطب إلى مخطوبته على قولين:

القول الأول: أن النظر إلى المخطوبة جائز[١]، وهذا قول الحنفية[٢]، ورواية عن الإمام مالك وهو قول جمهور المالكية[٣]، وقول الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: لا يجوز للخاطب النظر إلى المخطوبة، وهذا رواية عن الإمام مالك[٦].

أدلة القول الأول:

١ – حديث جابر بن عبد الله ﵁ قال سمعت النبي ﷺ يقول: (إذا خطب أحدكم المرأة فقدر أن يرى منها بعض ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل)[٧].

وجه الاستدلال: قوله ﷺ: (فليفعل)، دليل على حل النظر إلى المخطوبة، وقوله ﷺ: (فليفعل) وإن كان صيغة أمر، لكنه لا يفيد هنا وجوباً أو ندباً، لأن الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة.

٢ – حديث أبي هريرة ﵁ قال: خطب رجل امرأة فقال النبي ﷺ: (انظر إليها

---

(١) على اختلاف بينهم هل هو للندب أو للإباحة: المالكية والشافعية وقول عند الحنابلة قالوا: بالندب. والحنفية والمذهب عند الحنابلة قالوا: بالجواز.
انظر: بدائع الصنائع (١٢٢/٥)، مواهب الجليل (٢١/٥)، روضة الطالبين (٣٦٥/٥)، الإنصاف (٢٨/٢٠)، كشاف القناع (١٠/٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٢٢/٥)، تبيين الحقائق (١٨/٦).

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٥١٩/٢)، مواهب الجليل (٢١/٥).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣٦٥/٥)، مغني المحتاج (١٢٨/٣).

(٥) انظر: المغني (٤٩٠/٩)، الإنصاف (٢٨/٢٠).

(٦) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٥١٩/٢).

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد نكاحها، رقم (٢٠٨٢)، والإمام أحمد برقم (١٤٥٨٦)، والحاكم في كتاب النكاح، باب إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر إلى بعض ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل، رقم (٢٧٤٣).
قال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير (١٤٧/٣): «أعله ابن القطان بواقد بن عبد الرحمن»، وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود رقم (٢٠٨٢).

فإن في أعين الأنصار شيئاً)[١].

٣ – حديث المغيرة بن شعبة[٢] رضي الله عنه أنه خطب امرأة فقال النبي ﷺ: (انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما)[٣].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ دعاه إلى النظر إلى المخطوبة وعلل ذلك بكونه وسيلة إلى الألفة.

دليل القول الثاني:

١ – أن الأصل حرمة النظر إلى النساء الأجنبيات، ومنها النظر إلى المخطوبة[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول القائل باستحباب النظر إلى المخطوبة للأحاديث الصحيحة الصريحة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إن الله تعالى أمر بغض البصر، وحرم النظر إلى المرأة الأجنبية، فالنظر ممنوع شرعاً، وقد أجاز الشرع النظر إلى المخطوبة، ومع ذلك لم يجب، وبمقتضى قاعدة: "ما كان

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفها لمن يريد تزوجها رقم (١٤٢٤).

(٢) أبو عبد الله المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي، اسلم قبل عمرة الحديبية، وشهدها واليمامة وفتوح الشام، وولاه عمر على البصرة وعثمان على الكوفة، توفي سنة ٥٠هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢١/٣)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٣٢/٦).

(٣) أخرجه الترمذي في كتاب النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة رقم (١٠٨٧)، والنسائي في كتاب النكاح باب إباحة النظر قبل التزويج رقم (٣٢٣٥)، وابن ماجه في كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها رقم (١٨٦٥)، والإمام أحمد برقم (١٨١٥٤)، والحاكم في كتاب النكاح، باب إذا خطب الرجل امرأة رقم (٢٧٤٤).
وقال الترمذي: «حديث حسن»، وقال الحاكم: «حديث صحيح على شرط الشيخين، و لم يخرجاه»، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي رقم (١٠٨٧).

(٤) انظر: بداية المجتهد (٩/٢).

ممنوعاً إذا جاز وجب"، فإن النظر إلى المخطوبة يجب، إلا أن العلماء قالوا: إن النظر مستحب ولا يجب، وبهذا فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزركشي [١]، والسيوطي [٢]، من قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب".

وسبب الاستثناء: السنة النبوية فقد وردت أحاديث في ذلك وحملها العلماء على الجواز وبعضهم على الندب، ولم يحملوها على الوجوب[٣]، ومنها:

١ - حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال سمعت النبي ﷺ يقول: (إذا خطب أحدكم المرأة فقدر أن يرى منها بعض ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل)[٤].

٢ - حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: خطب رجل امرأة، فقال النبي ﷺ: (انظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً)[٥].

٣ - حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه خطب امرأة، فقال النبي ﷺ: (انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما)[٦].

* * *

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٥٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر ٣١٧/١.

(٣) انظر: ص (٥٧١).

(٤) تقدم تخريجه ص (٥٧١).

(٥) تقدم تخريجه ص (٥٧٢).

(٦) تقدم تخريجه ص (٥٧٢).

الفصل الثامن عشر

المستثنيات من قاعدة: "ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه"

وفيه تمهيد ومبحث واحد.

- التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه".

* * *

قاعدة: "ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه"(١)

التمهيد في معنى القاعدة وتطبيقاها:

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الخاص في اللغة: من خص الشيء خصوصاً خلاف عمَّ، وأصله يدل على الفرجة والثلمة، وسمي الخاص بذلك لأن تعيين بعض الأفراد يؤدي إلى إيقاع فرجة بينه وبين غيره من الأفراد(٢).

والخصوص في الاصطلاح: "اللفظ المتناول لبعض ما يصلح له لا جميعه"(٣).

والعام في اللغة: من عمَّ المطر عموماً إذا كثر، وأصلها في اللغة: الطول والكثرة والعلو(٤).

وفي الاصطلاح: "اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له من غير حصر"(٥).

المعنى الإجمالي:

هذه القاعدة تتعلق بتداخل الأحكام بعضها في بعض، إذ يدخل الأصغر في الأكبر، والأهون في الأعظم، فإذا اجتمع أمران أحدهما أعظم من الآخر – وهما من جنس واحد – فالاعتبار لأعظم الأمرين بخصوصه، فيجب فعله، وأما أهونهما وأصغرهما فلا يجب فعله؛ إذ يدخل الأصغر في الأكبر، ولكن إذا اختلف الجنسان أو النوعان فلا يدخل

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١١٩)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٩٤/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٧/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٨٨/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٣٨٨/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٣)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥١/٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٤٢/٢).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (١٥٢/٢)، المصباح المنير (١٧١/١).

(٣) البحر المحيط (٢٤٠/٣).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (١٥/٤)، المصباح المنير (٤٣٠/٢).

(٥) البحر المحيط (٥/٣).

أحدهما في الآخر[١].

٢ - تطبيقات القاعدة[٢]:

١ - الزنا أوجب الحد بخصوصه، والملامسة والمفاخذة توجب التعزير، فإذا حصل بالزنا الملامسة، والمفاخذة، لا يجب على الزاني التعزير، فإن أعظم الأمرين وهو الحد قد وجب.

٢ - زنا المحصن لم يوجب أهون الأمرين - وهو الجلد - بعموم كونه زنا خلافاً لابن المنذر[٣].

٣ - خروج المني، لا يوجب الوضوء على الصحيح عند الشافعية بعموم كونه خارجاً من السبيل، فإنه قد أوجب الغسل الذي هو أعظم الأمرين[٤].

* * *

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٩/٥١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١١٩)، المنثور في القواعد (٢/٢٣٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٨).

(٣) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٧/٢٥٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/١٨٣).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه"

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الحيض والنفاس يوجبان الغسل مع إيجابهما الوضوء أيضاً.

المسألة الثانية: إذا شهدوا على محصن بالزنا فرجم ثم رجعوا اقتص منهم، ويحدون للقذف أولاً.

* * *

المسألة الأولى: الحيض والنفاس يوجبان الغسل مع إيجابهما الوضوء أيضاً[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة.

تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على أن الحيض والنفاس ينقضان الوضوء؛ لخروجهما من السبيل[(٢)]، ولأنهما يمنعان صحة الوضوء[(٣)].

واتفقوا على أنه يجب على الحائض والنفساء الغسل إذا طهرتا[(٤)]، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾[(٥)]، ولحديث عائشة رضي الله عنها أن فاطمة بنت أبي حبيش[(٦)]، رضي الله عنها سألت النبي ﷺ فقالت: إني أستحاض فلا أطهر، أفأدع الصلاة؟ فقال: (ذلك عرق، وليس بالحيضة، فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة، وإذا أدبرت فاغتسلي وصلي)[(٧)]، فقوله ﷺ: (فاغتسلي وصلي) أمر بالاغتسال والأصل في الأمر الوجوب.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٩٥/١)، المنثور في القواعد (٢٣٧/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٨/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢٨٩/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٤٢/٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٤/١)، حاشية العدوي على حاشية الخرشي (٢٨٢/١)، أسنى المطالب (٥٤/١)، كشاف القناع (١٢٢/١).

(٣) انظر: أسنى المطالب (٥٤/١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣٥/١)، شرح فتح القدير (٦٤/١)، بداية المجتهد (١١٧/١)، مواهب الجليل (٤٥١/١)، روضة الطالبين (١٩٣/١)، مغني المحتاج (٦٩/١)، المغني (٢٧٦/١)، كشاف القناع (١٤٦/١).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٢٢).

(٦) فاطمة بنت أبي حبيش بن المطلب بن أسد بن عبد العزى بن قصي القرشية الأسدية، صحابية من المهاجرات، تزوجها عبد الله بن جحش.
انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد (٢٤٥/٨)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٦١/٨).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الحيض، باب إقبال الحيض وإدباره رقم (٣٢٠)، ومسلم في كتاب الحيض باب المستحاضة وغسلها وصلاتها رقم (٣٣٣).

ومن الإجماع: قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن على النفساء الاغتسال إذا طهرت»[١]، ونقل الإجماع أيضاً الكاساني في الحيض[٢]، وقال النووي: «أجمع العلماء على وجوب الغسل بسبب الحيض وبسبب النفاس»[٣].

وأما إذا كان على الحائض أو النفاس حدث أصغر فهل إذا اغتسلت يجزئ الغسل عن الوضوء، أو لا يدخل الوضوء فيلزمها الوضوء مع الغسل؟

هذه المسألة يبحثها الفقهاء في مسألة دخول الطهارة الصغرى في الطهارة الكبرى، وقد اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الغسل الواجب يجزئ عن الوضوء الواجب مطلقاً، نواه أو لم ينوه، سبق الحدث الأكبر الأصغر أو العكس، وهذا قول الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، ووجه عند الشافعية هو الصحيح[٦]، ورواية عند الحنابلة[٧].

القول الثاني: الغسل الواجب لا يجزئ عن الوضوء الواجب إلا إذا نوى الطهارتين معاً، وهذا القول وجه عند الشافعية[٨]، والمذهب عند الحنابلة[٩].

القول الثالث: أن الغسل لا يجزئ عن الوضوء الواجب، فلابد من الوضوء والغسل معاً، وهذا وجه عند الشافعية[١٠]، ورواية عند الحنابلة[١١].

---

(١) الإجماع (٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١/٣٨).

(٣) المجموع (٢/١٥٠).

(٤) انظر: المبسوط (١/٤٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٥٨).

(٥) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (٤١)، مواهب الجليل (١/٤٦٤).

(٦) انظر: المهذب (١/٣٩)، روضة الطالبين (١/١٦٥).

(٧) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢/١٤٩)، الإنصاف (٢/١٤٩).

(٨) انظر: المهذب (١/٣٩)، روضة الطالبين (١/١٦٥).

(٩) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢/١٤٩)، الإنصاف (٢/١٤٩).

(١٠) انظر: المهذب (١/٣٩)، روضة الطالبين (١/١٦٥).

(١١) انظر: الإنصاف (٢/١٤٩).

أدلة القول الأول:

١ - قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَقْرَبُواْ الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ وَلاَ جُنُباً إِلاَّ عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُواْ﴾[1].

وجه الاستدلال: دلت الآية على أن استباحة الجنب الصلاة، وكذا اللبث في المسجد، يتوقف على الاغتسال، وحقيقة الاغتسال: غسل جميع الأعضاء[2]، ولو كانت نية الحدث الأصغر شرطاً لذكره سبحانه.

٢ - حديث أم سلمة رضي الله عنها قالت: قلت: (يا رسول الله، إني امرأة أشد ضَفْرَ رأسي، أفأنقضه لغسل الجنابة؟ قال: لا، إنما يكفيك أن تحثي على رأسك حثيات، ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين)[3].

وجه الاستدلال: قوله ﷺ: (إنما يكفيك) دليل على الحصر، وقوله: (فتطهرين) الطهارة هنا مطلقة فتشمل جميع أنواعها الصغرى والكبرى، ولو كانت نية الحدث الأصغر شرطاً لبينه النبي ﷺ.

٣ - أنهما طهارتان فتداخلتا كغسل الجنابة والحيض[4].

أدلة القول الثاني:

١ - حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (وإنما لكل امرئ ما نوى)[5].

وجه الاستدلال: أن من نوى الطهارتين حصلتا، وإذا نوى أحدهما فقط، لم يحصل له إلا ما نواه.

---

(١) سورة النساء، الآية (٤٣).

(٢) انظر: الجامع لأحكام القرآن (٥/١٣٦)، فتح الباري (١/٣٦٠).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الحيض، باب حكم ضفائر المغتسلة رقم (٣٣٠).

(٤) انظر: المجموع (١/١٩٦).

(٥) تقدم تخريجه ص (٦٠).

٢ – أن الغسل والوضوء عبادتان من جنس واحد، فتدخل الصغرى في الكبرى في الأفعال دون النية، كالعمرة في الحج[١].

أدلة القول الثالث:

١ – أن النبي ﷺ جمع بين الوضوء والغسل كما في حديث عائشة رضي الله عنها في صفة غسل النبي ﷺ[٢]، وفعله يدل على وجوب الوضوء[٣].

٢ – أن الجنابة والحدث الأصغر وجدا منه، فوجبت لهما الطهارتان، كما لو كانا منفردين[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول بتداخل الغسل والوضوء لدلالة القرآن والسنة على أن الاغتسال كافٍ، وأنه ليس عليه بعد الغسل من الجنابة حدث آخر.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الحيض والنفاس ينقضان الوضوء بعموم أنهما خارجان من السبيل، ويوجبان الغسل بخصوص كونهما حيضاً ونفاساً، قال ابن الوكيل[٥]: «ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه، لا يوجب أصغرهما بعمومه، وفيه صور: منها: الحيض والنفاس يوجبان الغسل بخصوصهما، فلا يوجبان الوضوء بعمومهما»[٦].

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٤٩/٢).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الغسل، باب الوضوء قبل الغسل رقم (٢٤٨)، ومسلم في كتاب الحيض، باب صفة غسل الجنابة رقم (٣١٦).

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٤٩/٢).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) أبو عبد الله محمد بن عمر بن مكي بن عبد الصمد بن عطية الأموي، الشافعي، المعروف بابن الوكيل، له مؤلفات منها: شرح الأحكام لعبد الحق، وطراز الدر، والأشباه والنظائر توفي سنة ٧١٦هـ.
انظر: طبقات الشافعية للإسنوي (٢٥٤/٢)، طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة (٢٣٣/٢).

(٦) الأشباه والنظائر (١٢٠).

وبالمقابل فإن السيوطي اعتبرها مستثناة من القاعدة فقال: «ونقضت هذه القاعدة بصور: منها: الحيض والنفاس والولادة، فإنها توجب الغسل، مع إيجابها الوضوء أيضاً»[١].

والحيض والنفاس وإن كانا يوجبان الوضوء والغسل إلا أنه يجزئ عنهما الغسل[٢].

قال الزركشي: «وقد نقضت هذه القاعدة بصور منها: الحيض فإنه يوجب الغسل بخصوص كونه حيضاً، ومع ذلك فإنه ينقض الوضوء بالاتفاق كما قال الماوردي، لكن صرح ابن خيران[٣] في اللطيف بأن الحيض والنفاس يوجبان الغسل ولا يوجبان الوضوء، فعلى هذا استقامت على القاعدة»[٤].

وبهذا فلا وجه للقول بالاستثناء، لأنها وإن كانت في الصورة مستثناة لأن كلاً من الحيض والنفاس ينقض الوضوء إلا أنها في الحقيقة من صور القاعدة، لأنهما لا يوجبان إلا الغسل.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه"[٥].

وهذا الاستثناء غير صحيح؛ لأن الحيض والنفاس، وإن كانا ينقضان الوضوء إلا

---

(١) الأشباه والنظائر (٣١٨/٢).

(٢) انظر: ص (٥٧٩).

(٣) أبو الحسن علي بن أحمد بن خيران البغدادي، الشافعي، وكتابه "اللطيف في فروع الشافعية"، ذكره ابن الصلاح، والشيرازي، وابن قاضي شهبة، ولم يؤرخوا وفاته.
انظر: طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح (٥٩٩/٢)، طبقات الشافعية للإسنوي (٤٧٠/١)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١٢٠/١).

(٤) المنثور في القواعد (٢٣٧/٢).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٣١٨/١).

أنهما لا يوجبان إلا الغسل، وبهذا فإن المسألة متفرعة من القاعدة كما قرر ذلك ابن الوكيل[١]، والزركشي[٢].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٢٠).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٣٨).

المسألة الثانية: إذا شهدوا على محصن بالزنا فرجم، ثم رجعوا: اقتص منهم، ويحدون للقذف أولاً[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

إذا رجع الشهود أو بعضهم في حد الزنا بعد استيفاء الحد على المحصن بالرجم، وجب على الراجع حد القذف باتفاق الأئمة الأربعة[٢]، لأن الشاهد في الزنا إذا رجع عن شهادته تبين من رجوعه أنه قاذف في نسبة المشهود عليه إلى الزنا، وإذا ثبت أنه قاذف وجب عليه حد القذف[٣].

واختلفوا في وجوب القصاص عليهم إذا قالوا: تعمدنا قتله بهذه الشهادة، على قولين:

القول الأول: يجب على الشهود الذين رجعوا القصاص، وهذا قول الشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، وقول بعض المالكية[٦].

القول الثاني: لا يجب عليهم القصاص وإنما تجب الدية، وهذا قول الحنفية[٧]، والمالكية[٨].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٣٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣١٨)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٩٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٤٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٨٨)، حاشية ابن عابدين (٦/٥١)، مواهب الجليل (٨/٢٤٢)، حاشية الخرشي (٨/٨٨)، روضة الطالبين (٨/٢٦٩)، مغني المحتاج (٤/٤٥٧)، المغني (١٤/٢٤٤)، كشاف القناع (٦/٤٤٤).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٨٨).

(٤) انظر: المهذب (٢/٣٤١)، روضة الطالبين (٨/٢٦٩).

(٥) انظر: المغني (١٤/٢٤٦)، كشاف القناع (٦/٤٤٣).

(٦) انظر: حاشية الخرشي (٨/٨٦)، جواهر الإكليل (٢/٢٤٥).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٨٨)، شرح فتح القدير (٧/٤٩٢).

(٨) انظر: مواهب الجليل (٨/٢٤٢)، الفواكه الدواني (٢/٣٠٩).

أدلة القول الأول:

١ – ما ورد أن علياً ﷺ جاءه رجلان فشهدا على رجل أنه سرق فقطعه علـــي، ثم جاءا بآخر وقالا: أخطأنا فأبطل شهادتهما وأُخذا بدية الأول، وقال: (لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما)[1] ولا مخالف له من الصحابة، فيكون إجماعاً[2].

٢ – أن الشهود تسببوا في قتله بما يفضي إليه غالباً فلزمهم القصاص، كالمُكْرِه[3].

أدلة القول الثاني:

١ – أن السبب والمباشرة إذا اجتمعا سقط حكم السبب، وشهادة الشهود سبب لا مباشرة، فلا قصاص عليهم[4].

٢ – أن الشهادة لا يتعلق بها حكم ما لم ينضم إليها حكم الحاكم، فيكون وجوب الحد أو القصاص على المشهود عليه موقوفاً على حكم الحاكم من غير فعـــل الشهود[5].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن إتلاف هذه النفس سببه شهادة الشهود، ولفعل علي ﷺ، ولم يعرف له مخالف من الصحابة ﷺ.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا رجع الشهود في حد الزنا بعد الاستيفاء من المحصن بالرجم، فإن الرجوع لمـــا

---

(١) أخرجه البخاري معلقاً في كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أم يقتص منهم كلهم، والدار قطني في كتاب الحدود والديات، باب اللعان رقم (٣٣٩٤)، والبيهقي في كتاب الجنايات، بـــاب الاثنين أو أكثر يقطعان رجل معاً (٤١/٨).

(٢) انظر: المغني (٢٤٦/١٤).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٤٩٢/٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٨٩/٦).

أوجب أعظم الأمرين وهو القصاص بخصوصه، كان بمقتضى قاعدة: "ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه"، أن لا يوجب أهونهما وهو حد القذف، فيدخل الأصغر في الأكبر، وعلى قول الشافعية والحنابلة من إيجاب القصاص وحد القذف[١] فإن المسالة مستثناة من القاعدة، لأن ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه — وهو القصاص — أوجب أهونهما بعمومه — وهو حد القذف — وبتأمل هذه المسألة فإنه لا يظهر اندراجها تحت القاعدة، وذلك لأن مجال القاعدة فيما إذا كان الأمران من جنس واحد، وأما إذا لم يكونا من جنس واحد فلا يدخل أحدهما في الآخر[٢]، ولذا جاءت هذه القاعدة بلفظ آخر: "إذا دخل أمر في أمر من نوع قُدِّر الداخل عدماً، أما إذا لم يكن من نوعه فلا"[٣].

والقصاص ليس من جنس حد القذف، ولذا وجبا جميعاً في هذه المسألة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزركشي[٤]، والسيوطي[٥]، من قاعدة: "ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه".

والسبب فيما يظهر هو فقدان قيد من قيود القاعدة وهو: أن يكون الأمران من نوع واحد[٦]، ولذا قد ورد هذا القيد في القاعدة بلفظ: "إذا دخل أمر في أمر من نوعه قُدِّر الداخل عدماً، أما إذا لم يكن من نوعه فلا"[٧].

---

(١) انظر: ص (٥٨٤).

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/٣١٤)، (٩/٥١).

(٣) انظر: قواعد المقري، (٢/٦١٢)، المنثور في القواعد (١/١٥٦)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/٣١٤).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٣٨).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣١٨).

(٦) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/٣١٤).

(٧) انظر: قواعد المقري (٢/٦١٢)، المنثور في القواعد (١/١٥٦)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/٣١٤).

والقصاص ليس من نوع حد القذف، ولذلك حكم باستثنائها لمشابهتها للقاعدة في صورها، ولكنها عند التحقيق غير داخلة في القاعدة.

* * *

الفصل التاسع عشر

المستثنيات من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"

وفيه تمهيد ومبحثان.

- التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاها.

- المبحث الأول: المستثنيات من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه".

- المبحث الثاني: المستثنيات من قاعدة: "ما حرم فعله حرم طلبه".

* * *

قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"[1]

التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاها:

١ - معنى القاعدة:

"أن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه يحرم عليه أيضاً أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه، سواء أكان على سبيل المنحة ابتداءً أم على سبيل المقابلة، وذلك لأن إعطاءه الغير عندئذ يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم أو الإعانة والتشجيع عليه، فيكون المعطي شريك الفاعل"[2].

٢ - دليل القاعدة:

حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه)[3].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٤٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٢/١٠٢٣)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٩)، شرح المجلة للأتاسي (١/٧٧)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٥)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٩٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٨٧)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٣٢)، القواعد الفقهية لعزام (٢٩٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٩٨).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٥).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الأشربة، باب العنب يعصر للخمر رقم (٣٦٧٤)، وابن ماجه في كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه رقم (٣٣٨٠)، والإمام أحمد برقم (٤٧٨٧)، والحاكم في كتاب البيوع، باب إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وشاربها رقم (٢٢٨٢)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب البيوع، باب كراهية بيع العصير لمن يعصر الخمر (٥/٣٢٧)، قال ابن حجر في تلخيص الحبير (٤/٧٣): «فيه عبد الرحمن بن عبد الله الغافقي، وصححه ابن السكن»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود رقم (٣٦٧٤).

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – الربا لا يجوز أخذه ولا إعطاؤه[١].

٢ – الرشوة لا يجوز أخذها ولا إعطاؤها[٢].

٣ – وكذلك حلوان الكاهن[٣]، وأجرة المغني، والزامر، والنائحة[٤]، والواشمة[٥][٦].

ويقرب من هذه القاعدة:

قاعدة: "ما حرم فعله، حرم طلبه"[٧].

١ – معنى القاعدة:

"كل شيء حرمت الشريعة الإسلامية فعله لا يجوز للمسلم أن يطلب من الغير أن يفعله، لأن المطلوب من المسلم قمع الفساد في الأرض، ومن أعظم الفساد في الأرض فعل الحرام"[٨].

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – غش الغير، والاعتداء على ماله وعرضه وحقوقه، كل ذلك لا يجوز، فكذلك لا يجوز الطلب من الغير فعله.

٢ – السرقة والغصب لا يجوز فعلها ولا يجوز طلب فعلها من الغير[٩].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٢٢/١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢).

(٣) حلوان الكاهن: ما يأخذه الكاهن من الأجرة على الكهانة. انظر: النهاية في غريب الحديث (٤٣٤/١).

(٤) النائحة: من النوح وهو البكاء على الميت وتعداد محاسنه. انظر: عون المعبود (٣٩٩/٨).

(٥) الواشمة: فاعلة الوشم وهي أن تغرز إبرة أو نحوها في ظهر الكف أو الشفة. انظر: شرح مسلم (١٠٦/١٤).

(٦) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٥).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٢٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٣)، مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (٣٥)، شرح المجلة للأتاسي (٧٨/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٧).

(٨) الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (٨٤).

(٩) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٧).

المبحث الأول

المستثنيات من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: الاستقراض بالربا في حال الاضطرار.

المسألة الثانية: إذا خاف الوصي أن يستولي غاصب على مال الموصى عليه، فله أن يؤدي شيئاً لتخليصه.

المسألة الثالثة: دفع الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه.

المسألة الرابعة: ما يدفع للشاعر ونحوه للتخلص من هجوه.

* * *

المسألة الأولى: الاستقراض بالربا في حال الاضطرار[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

الربا حرام بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

فمن الكتاب:

١ - قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٢].

ومن السنة:

١ - حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (اجتنبوا السبع الموبقات، قيل يا رسول الله ما هي؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات)[٣].

٢ - حديث جابر بن عبد الله ﷺ قال: (لعن رسول الله ﷺ آكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه وقال: هم سواء)[٤].

ومن الإجماع:

أجمعت الأمة على أن الربا محرم[٥].

وأجمع العلماء على أن كل قرض شَرَطَ فيه أن يَزِيدَه، فهو حرام[٦].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٦)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٨٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٣٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٩٩).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٧٥).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الحدود، باب رمي المحصنات رقم (٦٨٥٧)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها رقم (١٤٣).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا وموكله رقم (٥٩٨)، وهو عند البخاري من حديث أبي جحيفة بلفظ: "ولعن آكل الربا وموكله" في كتاب اللباس، باب لعن المصور رقم (٥٩٦٢).

(٥) انظر: المغني (٦/٥٢).

(٦) انظر: المرجع السابق (٦/٤٣٦).

قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن المسلف إذا شرط عُشْر السلف هدية أو زيادة، فأسلفه على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا»[١].

وأما مسألة: الاستقراض بالربا في حال الاضطرار:

إذا وجدت الضرورة التي تحمل الإنسان على ارتكاب المحرم الممنوع شرعاً للمحافظة على نفسه من الهلاك[٢]، فإن العلماء قد وضعوا شروطاً تباح عندها المحظورات، وهذه الشروط:

١ – أن تكون الضرورة واقعة لا منتظرة، أو يغلب على الظن وجود خطر حقيقي على الدين أو النفس أو العقل أو المال أو النسل.

٢ – أن تكون الضرورة ملجئة، بحيث يخاف الإنسان من هلاك نفسه، أو قطع عضو من أعضائه، إن ترك إتيان المحظور.

٣ – أن لا تكون للمضطر وسيلة يدفع بها ضرورته إلا مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية، بأن يكون في مكان لا تندفع ضرورته فيه إلا بارتكاب المحرم[٣]، فإذا أشرف الإنسان على الهلكة، ولم يجد ما يدفع به ضرورته سوى الربا، كمن يعطيه صاعاً بصاعين، فإن بعض العلماء أجاز التعامل بالربا ضرورة: نص عليها الشافعية[٤]، ويُخَرَّج قول الحنفية[٥]، والمالكية على جواز أكل الميتة[٦].

وأما الحنابلة فقالوا: يدخل معه في العقد صورة ولا يتم عقد الربا[٧]، قال البهوتي:

---

(١) الإجماع (٥٥).

(٢) انظر: نظرية الضرورة الشرعية لوهبة الزحيلي (٢٢٦).

(٣) انظر: المرجع السابق (٦٨، ٧٢).

(٤) انظر: المجموع (١٠/٧٣)، حاشية الشرواني (٥/٥٠٣).

(٥) انظر: المبسوط (٢٤/٢٨)، بدائع الصنائع (٧/١٧٦)، قال السرخسي: «إن موضع الضرورة مستثنى من الحرمة الثابتة بالشرع، لقوله تعالى: (إلا ما اضطررتم إليه)».

(٦) انظر: حاشية الخرشي (٥/٣٣١)، التاج والإكليل (٤/٣١٨).

(٧) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٦/٦٩١)، كشاف القناع (٦/١٩٩).

«ولو امتنع المالك لطعام من بيع للمضطر إلا بعقد ربا جاز للمضطر أخذه منه قهراً، في ظاهر كلام جماعة لإطلاقهم تحريم الربا، فإن لم يقدر المضطر على قهره دخل معه في العقد صورة، كراهية أن يجري بينهما دم، وعزم على أن لا يتم عقد الربا، لقوله تعالى: ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾»[١][٢].

ويمكن أن يقال: إن المضطر لا يخلو من أحد حالين: إما أن يكون في سفر، أو أن يكون في حضر.

فإن كان في سفر، وهي التي يكون فيها احتمال الضرورة أظهر، وفي هذه الحال لو فرض أن إنساناً أشرف على الهلاك، و لم يجد ما ينقذ به نفسه سوى الربا، كمن يعطيه صاعاً بصاعين مثلاً، فإن ذلك لا يلزم منه الربا سوى صورته، فإن التسليم لا يكون إلا في المآل، وفي المآل تكون قد ارتفعت ضرورته، فلا يلزمه الوفاء بعقد الربا، فإنه في حال المآل لا ضرورة تدفعه إلى الوفاء به، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه باطل لمخالفته كتاب الله تعالى، كما قرر ذلك الحنابلة[٣].

وإن كان المضطر في حضر فإن الشارع الحكيم قد شرع سبلاً من شأنها دفع ضرورة المضطر كالزكوات والصدقات والهبة والقرض الحسن وغيرها[٤].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا امتنع المالك لطعام من البيع للمضطر إلا بعقد ربا و لم يجد طريقاً لإنقاذ نفسه من الهلكة إلا التعامل بالربا فإن أخذ الربا من المالك حرام، وبحسب قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"، فإن الإعطاء محرم أيضاً، لأن الربا يحرم أخذه وإعطاؤه، وعلى القول بجواز الإعطاء في حال الضرورة فإن المسألة مستثناة من القاعدة، فيحرم على الآخذ دون المعطي.

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٧٥).

(٢) كشاف القناع (٦/١٩٩).

(٣) انظر: كشاف القناع (٦/١٩٩).

(٤) انظر: الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة للسعيدي (١/٢٤٧).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزرقاء من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"[١].

وسبب الاستثناء: الضرورة، فالضرورات تبيح المحظورات[٢].

لأن في ذلك إنقاذ النفس من الهلاك، ولا سبيل لذلك إلا بأخذ الربا.

* * *

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية (٢١٦).

(٢) انظر: المرجع السابق، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٣٢).

المسألة الثانية: إذا خاف الوصي أن يستولي غاصب على مال الموصى عليه فله أن يؤدي شيئاً ليخلصه[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا خاف الوصي على مال الموصى عليه من استيلاء غاصب على ماله، وعجز عن تخليص المال من يد الغاصب فإن له أن يعطيه قسماً من المال المغصوب كي يسترده، وهذا المال الذي أخذه الغاصب حرام عند المذاهب الأربعة[٢].

فالإعطاء جائز للضرورة لأجل سلامة باقي المال من الغاصب[٣]، وأما الأخذ فحرام لأن ذلك من أكل أموال الناس بالباطل، وهو منهي عنه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[٤].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الوصي لا يجوز له أخذ شيء من مال الموصى عليه، والتصرف فيه بما لا نفع فيه، ولا يجوز له أن يعطي ماله للآخرين بهبة وغيرها، وإذا خاف الوصي على مال الموصى عليه من استيلاء غاصب فيجوز له أن يعطي الغاصب قسماً من المال المغصوب كي يسترده، وما أخذه الغاصب حرام، وكان بمقتضى قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"، أن يكون الإعطاء محرماً، إلا أن هذه المسألة استثنيت من القاعدة.

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٤٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/١٠٢٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٩)، شرح المجلة للأتاسي (١/٧٨)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٦)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٣٠٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٨)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٨٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٣٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣٠٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٩٩).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٥/٣١٣)، البحر الرائق (٥/٢٥٩)، حاشية الخرشي (٣/٣٥٧)، بلغة السالك (٢/١٠٩)، مغني المحتاج (٢/١٧٤)، نهاية المحتاج (٤/٣٧٥)، الفروع (٨/٣٢٢)، الإنصاف (٢١/١٤٥).

(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي (١/٧٨)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣٠٠).

(٤) سورة النساء، الآية (٢٩).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة مستثناة من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"[١].

والسبب في ذلك الضرورة[٢].

قال الأتاسي: «لو غصب أحد مال صبي، ولا بينة لوصيه عليه، ويعلم الوصي أن الغاصب يحلف كاذباً لو استحلف، فللوصي دفع شيء له من مال الصغير لاسترداد المغصوب كلاً أو بعضاً، فالحرمة على الآخذ لا المعطي للضرورة»[٣].

* * *

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٤٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/١٠٢٤).

(٢) انظر: شرح المجلة للأتاسي (١/٧٨)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣٠٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٨).

(٣) شرح المجلة (١/٧٨).

المسألة الثالثة: دفع الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه[١].

تعريف الرشوة:

الرشوة في اللغة: مثلثة الراء: الجعل، وما يعطى لقضاء مصلحة، وجمعها رُشا، ورِشا[٢].

وفي الاصطلاح: "ما يعطى لإبطال حق أو لإحقاق باطل"[٣].

المقصد الأول: حكم المسألة.

اتفق العلماء على أن الرشوة محرمة[٤]، لقوله تعالى: ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ﴾[٥]، قال الحسن وقتادة: هو الرشوة[٦].

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[٧].

وفي حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: (لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي)[٨].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٤٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٢/١٠٢٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٩)، شرح المجلة للأتاسي (١/٧٨)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٦)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٩٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٨٨)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٣٢)، القواعد الفقهية لعزام (٢٩٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٩٩).

(٢) انظر: لسان العرب (١٤/٣٢٢).

(٣) التعريفات للجرجاني (١٤٨).

(٤) انظر: المغني (١٤/٥٩)، نيل الأوطار (١٠/٥٣٠).

(٥) سورة المائدة، الآية (٤٢).

(٦) انظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن (٨/٤٢٩)، المغني (١٤/٥٩).

(٧) سورة البقرة، الآية (١٨٨).

(٨) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية، باب في كراهية الرشوة رقم (٣٥٨٠)، والترمذي في كتاب=

وأما إذا كان الإنسان لا يمكنه الحصول على حقه أو دفع الظلم إلا بدفع الرشوة فإنه يجوز له دفعها بالاتفاق، ويكون الإثم على المرتشي دون الراشي[(١)]، والأدلة على ذلك:

١ - ما ورد عن عبد الله بن مسعود ﷺ أنه لما أتى الحبشة أخذ بشيء فتعلق به، فأعطى دينارين، حتى خلي عن سبيله[(٢)].

٢ - أن الضرورات تبيح المحظورات[(٣)].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

الرشوة يحرم أخذها ويحرم إعطاؤها، وإذا كان الإنسان لا يمكنه الحصول على حقه أو دفع الظلم عن نفسه إلا بدفع الرشوة فإنه يجوز الدفع ويحرم الأخذ، وعلى هذا فالمسألة داخلة في القاعدة دخولاً حقيقياً من جهة ثبوت تحريم الأخذ فيها على الآخذ، وأما من جهة الإعطاء فلا يترتب عليه تحريمه على المعطي، وبهذا تكون المسألة مستثناة من القاعدة من هذه الجهة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة مستثناة من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"[(٤)].

=الأحكام، باب ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم رقم (١٣٣٧)، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب التغليظ في الحيف والرشوة، رقم (٢٣١٣)، والإمام أحمد برقم (٦٥٣٢)، والحاكم في كتاب الأحكام، باب لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي رقم (٧١٤٨)، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود برقم (٣٥٨٠).

(١) انظر: تبيين الحقائق (٣١/٥)، العناية على الهداية (٤٠٨/٨)، تبصرة الحكام (٢٧/١)، مواهب الجليل (١١٥/٨)، روضة الطالبين (١٢٧/٨)، نهاية المحتاج (٢٥٥/٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٥٤/٢٨)، كشاف القناع (٣١٦/٦).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، في كتاب آداب القاضي، باب من أعطاها ليدفع بها عن نفسه، أو ماله ظلماً أو يأخذ بها حقاً (١٣٩/١٠).

(٣) انظر: نتائج الأفكار على الهداية (٤٠٩/٨).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (٢٤٥/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٢٢/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢).

وسبب الاستثناء الضرورة قال الأتاسي: «ولهذه القاعدة مستثنيات حال الضرورة؛ كمن وقع تحت يد قطاع الطريق، وخاف على نفسه الهلاك منهم، ولا يمكن خلاصه إلا برشوة، يدفعها لهم، فالإعطاء غير ممنوع في حق المعطي، حرام في حق الآخذ»[1].

* * *

(١) شرح المجلة (١/٧٧).

المسألة الرابعة: ما يدفع للشاعر ونحوه للتخلص من هجوه[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

كل من أخذ المال لئلا يكذب على الناس أو لئلا يظلمهم كان ذلك خبيثاً سحتاً، لأن الظلم والكذب حرام عليه، فعليه أن يتركه بلا عوض يأخذه من المظلوم[٢].

فإذا أعطى الرجل شاعراً أو غيره مالاً؛ لئلا يكذب عليه بهجو أو غيره أو لئلا يقول في عرضه ما يحرم عليه قوله كان بذله جائزاً وكان ما أخذه الشاعر حراماً عند المذاهب الأربعة[٣].

الأدلة على ذلك:

١ - حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (وما وقى به المرء عرضه كتب له به صدقة)[٤].

٢ - أن الإعطاء جائز للضرورة، ولأن المعطي كالمكره، وأما الأخذ فحرام، لأنه بغير حق[٥].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٤٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/١٠٢٤)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٦)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٢٩٧)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٨)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٨٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٣٢)، القواعد الفقهية لعزام (٢٩٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٩٩).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/٢٥٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، حاشية ابن عابدين (٩/٦٠٧)، الجامع لأحكام القرآن (١٣/١٠١)، المنثور (٢/٢٤٥)، الزواجر عن اقتراف الكبائر للهيتمي (٢/١٨٩)، مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/٢٥٨)، جامع العلوم والحكم لابن رجب (١/٢٠٤).

(٤) أخرجه الحاكم في كتاب البيوع، باب كل معروف صدقة رقم (٢٣٥٨)، والدار قطني في كتاب البيوع باب الصلح رقم (٢٨٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات، باب ما جاء في إعطاء الشعراء (١٠/٢٤٢)، قال الحاكم: «حديث صحيح ولم يخرجاه»، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٣/١٣٦): «في إسناده مسور بن الصلت وهو ضعيف»، وضعفه الألباني في ضعيف الترغيب والترهيب رقم (١٢٢).

(٥) انظر: الزواجر عن اقتراف الكبائر للهيتمي (٢/١٨٩).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إن ما يأخذه الشاعر ونحوه لئلا يظلم غيره أو ينتهك عرضه حرام، وبحسب قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"، فإنه إذا كان الشيء مما يحرم على الإنسان أن يأخذه، فإنه يحرم على غيره أن يعطيه إياه، إلا أن العلماء قالوا: إذا خاف الإنسان من هجو آخر فيجوز له دفع مال إليه لكف شره[1]، وعلى هذا فإن المسألة مستثناة من القاعدة فيجوز الإعطاء ويحرم الأخذ.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة مستثناة من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"[2].

والسبب في ذلك قاعدة: "العمل بأهون الشرين"[3]، قال ناظرزاده: «وخرج عن هذا الأصل إعطاء شيء لمن يخاف هجوه، والجواب: أن هذا من باب: العمل بأهون الشرين»[4].

فإن الظلم وانتهاك العرض شر، ودفع المال للظالم شر أيضاً إلا أن دفع المال أخف ضرراً من الظلم وانتهاك العرض.

* * *

---

(١) انظر: ص (٦٠١).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٤٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٢)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/١٠٢٤).

(٣) انظر: ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/١٠٢٤)، القواعد الفقهية لعزام (٢٩٩).

(٤) ترتيب اللآلي (٢/١٠٢٤).

المبحث الثاني

المستثنيات من قاعدة: "ما حرم فعله حرم طلبه"

وفيه مسألة واحدة.

وهي: إذا ادعى المدعي دعوى صادقة فأنكر الخصم فله طلب تحليفه.

* * *

مسألة: إذا ادعى المدعي دعوى صادقة فأنكر الخصم فله طلب تحليفه[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا ادعى المدعي وكان صادقاً في دعواه، فأنكرها المدعى عليه، ولا بينة للمدعي، فإن للمدعي تحليف المدعى عليه، وإن كان يعلم أن يمينه كاذبة، باتفاق العلماء[(٢)].

قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[(٣)].

والأدلة على ذلك:

١ — حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن اليمين على المدعى عليه)[(٤)].

وجه الاستدلال: دل الحديث على أن اليمين على المدعى عليه، ولم يفرق بين من كان صادقاً في دعواه ومن لم يكن صادقاً.

٢ — ما ورد في قصة الكندي والحضرمي، لما قال النبي ﷺ للحضرمي: (ألك بينة؟ قال: لا: قال: فلك يمينه. قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: ليس لك منه إلا ذلك)[(٥)]، فأخبر النبي ﷺ أن ليس له إلا اليمين وإن كان صادقاً في دعواه.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٢٣/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٣)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٠٣/٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٩/١)، شرح المجلة للأتاسي (٧٨/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٢١٧)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٤٨)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٨٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٠٢/١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٥/٦)، تبيين الحقائق (٢٩٤/٤)، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٩٢١/٢)، حاشية الخرشي (٥٠٧/٧)، روضة الطالبين (٢٨٧/٨)، مغني المحتاج (٤٦١/٤)، الفروع (١٨٩/١١)، كشاف القناع (٣٣٧/٦).

(٣) الإجماع (٢٩).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب التفسير، باب قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً...﴾، رقم (٤٥٥٢)، ومسلم في كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه رقم (١٧١١).

(٥) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، رقم (٢٢٣).

٣ – أن في الحلف فائدتين:

إحداهما: حفظ مال المدعي من الضياع، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعته[١].

والثانية: تخليص أخيه الظالم من ظلمه، وأكل المال بغير حقه، وهذا من نصيحته ونصرته بكفه عن ظلمه[٢].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا كان المدعي صادقاً في دعواه، فأنكرها الخصم، ولا بينة للمدعي، فله أن يحلفه، ولا يجوز للمدعى عليه أن يحلف وهو كاذب، وبحسب قاعدة: "ما حرم فعله حرم طلبه"، فإنه يحرم أن يطلب المدعي يمين المدعى عليه، إلا أن العلماء قالوا: للمدعي أن يحلف المدعى عليه وإن كان يعلم أن يمينه كاذبة، ولهذا فإن المسألة مستثناة من القاعدة، فلا يحرم الطلب وإن لم يجز الفعل.

ويرى الزرقاء عدم استثناء هذه المسألة فقال: «يستثنى من القاعدة مسألة، وهي: ما لو ادعى دعوى صداقة فأنكر الخصم فله طلب تحليفه، وفي الحقيقة لا استثناء؛ لأن طلب اليمين يكون رجاء لظهور الحق بنكوله عن اليمين الكاذبة لا رجاء الإقدام عليها»[٣].

والصحيح أنها مستثناة، لأن رجاء النكول ليس شرطاً للتحليف، بل له التحليف ولو تيقن أن يحلف ولا ينكل، وعلى هذا الاستثناء ظاهر، وإلا لما جاز التحليف إلا عند رجاء نكوله.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي[٤]، وابن نجيم[٥]، من قاعدة: "ما حرم فعله حرم طلبه".

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة، رقم (٣٢٣٦).

(٢) انظر: المغني (٢٣٠/١٤).

(٣) شرح القواعد الفقهية (٢١٧).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٣٢٣/١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٣).

والسبب: ما ورد في حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن اليمين على المدعى عليه)[1].

فدل الحديث على أن المدعي يطلب اليمين من المدعى عليه سواء أكان صادقاً أم لم يكن صادقاً.

* * *

(١) تقدم تخريجه ص (٦٠٤).

الفصل العشرون

المستثنيات من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"

وفيه تمهيد ومبحث واحد.

- **التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.**

- **المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".**

* * *

قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة:

١ - معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

استعجل الشيء: سارع إليه قبل حصوله ليأخذه بسرعة[٢].

وأوان الشيء: وقت حصوله الطبيعي وسببه العام[٣]، كموت المورث سبب طبيعي لانتقال الإرث إلى الورثة.

المعنى الإجمالي:

من استعجل الشيء الذي وضع له سبب عام مطرد، وطلب الحصول عليه قبل وقت حلول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان، عوقب بحرمانه، لأنه افتأت وتجاوز، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحظور[٤].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٩٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٧)، إيضاح المسالك (١١٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٣)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣١٠)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٩٩)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٧٨)، شرح المجلة للأتاسي (١/٣٦٨)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٧١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٢)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٥٩)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٢٧٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤١٤).

وعند المالكية قاعدة: "المعاملة بنقيض المقصود الفاسد".

انظر: إيضاح المسالك ص (١١٣)، وعند الحنابلة قاعدة: "من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه"، انظر: قواعد ابن رجب (٢/٤٠٥).

(٢) انظر: المصباح المنير (٢/٣٩٤).

(٣) انظر: المرجع السابق (١/٣١).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٧١).

٢ – دليل القاعدة:

حديث عمرو بن شعيب بن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال : (لا يرث القاتل شيئاً)[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ منع القاتل من الميراث الذي يستحقه في الأصل، بسبب استعجاله له بمباشرة وسيلة ممنوعة، وهذا هو مضمون القاعدة.

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – إذا قتل الوارث مورثه عمداً مستعجلاً الإرث، فإنه يحرم من الميراث[٢].

٢ – إذا قتل الموصى له الموصي فإنه يحرم من الوصية[٣].

٣ – إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً في مرض موته، قاصداً حرمانها من الإرث ومات وهي في العدة فإنها ترثه[٤].

* * *

---

(١) تقدم تخريجه ص (٨٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٢٧/١).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٧٢).

(٤) انظر: المرجع السابق.

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"

وفيه عشر مسائل:

المسألة الأولى: إذا شربت المرأة دواء فحاضت.

المسألة الثانية: إذا أخر قبض دينه فراراً من الزكاة.

المسألة الثالثة: إذا باع المال الزكوي قبل الحول فراراً من الزكاة.

المسألة الرابعة: إذا قصد السفر في رمضان لأجل الفطر.

المسألة الخامسة: إذا قتل صاحب الدين المؤجل المدين.

المسألة السادسة: إذا قتل الموصى له الموصي.

المسألة السابعة: إذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول.

المسألة الثامنة: إذا طلق زوجته في مرض موته فراراً من إرثها.

المسألة التاسعة: إذا أمسك زوجته مسيئاً عشرتها، لأجل إرثها.

المسألة العاشرة: إذا أمسك زوجته مسيئاً عشرتها، لأجل الخلع.

* * *

المسألة الأولى: إذا شربت المرأة دواء فحاضت، لم يجب عليها قضاء الصلاة[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا شربت المرأة دواء ونزل دم الحيض قبل وقته، فهل تقضي الصلوات أو لا؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: تسقط عنها الصلاة، ولا يجب عليها القضاء، وهذا قول الحنفية[٢]، وقول عند المالكية[٣]، وقول الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: تصوم وتصلي لاحتمال كونه غير حيض، وتقضي الصوم دون الصلاة احتياطاً لاحتمال أنه حيض، وهذا قول عند المالكية[٦].

أدلة القول الأول:

١ – أن الحيض سبب في إسقاط الصلاة، فإذا وجد الحيض فلا يتأتى معه شرعاً صحة صلاة الحائض، ولا تؤمر بالقضاء لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة)[٧].

٢ – أن وجود الدم ليس بمعصية من جهتها ولا يمكنها قطعه فلا تقضي الصلاة بخلاف سفر المعصية يمكن قطعه[٨].

٣ – أن خروج الدم بعلاج لا يخرجه عن كونه حيضاً كالحدث بشرب مسهل[٩].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٦٩)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٣١٣)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٢١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٧٤)، حاشية ابن عابدين (١/٢٠٢).

(٣) انظر: مواهب الجليل (١/٥٣٧)، منح الجليل (١/٩٩).

(٤) انظر: المجموع (٣/١٠)، الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (١/٣٩٥).

(٥) انظر: كشاف القناع (١/٢١٩)، شرح منتهى الإرادات (١/١٤٤).

(٦) انظر: مواهب الجليل (١/٥٣٧)، حاشية الدسوقي (١/١٥٥).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الحيض، باب لا تقضي الحائض الصلاة، رقم (٣٢١)، ومسلم في كتاب الحيض، باب وجوب قضاء الصوم على الحائض دون الصلاة، رقم (٣٣٥).

(٨) انظر: شرح منتهى الإرادات (١/٢٤٤).

(٩) انظر: منح الجليل (١/٩٩).

دليل القول الثاني:

١ – أن احتمال كون الدم غير حيض لا يفوت الأداء في الوقت، وأما قضاء الصوم فاحتياطاً لاحتمال أنه حيض(١).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول إذا تبين أنه دم حيض من لون ورائحة، واستعجال نزوله لا يخرجه عن الحيض، وإذا وجد الحيض ترتبت عليه أحكامه.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا شربت المرأة الدواء لتحيض قبل الأوان لكي لا تصلي، فمقتضى قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، أنها تقضي؛ لأنها استعجلت نزول الدم قبل أوانه فتعامل بنقيض مقصودها، وإلى هذا ذهب المالكية(٢).

وأما على قول الجمهور بعدم القضاء(٣)، فإنها لم تعامل بنقيض قصدها، وبهذا القول المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الحنفية(٤)، والشافعية(٥)، من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".

فالحيض مانع من الصلاة، فإذا وجد الحيض فلا يتأتى معه شرعاً صحة صلاة الحائض، وإذا سقطت عنها الصلاة أثناء حيضها فلا يجب عليها قضاء هذه الصلاة، لأن

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (١/١٥٥).

(٢) انظر: ص (٦١١).

(٣) انظر: ص (٦١١).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٦٩).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٩).

الصلاة ليست واجبة ابتداء أثناء حيضها كالحائض بغير دواء.

وعدم القضاء ثابت بالنص اليقيني كما في حديث عائشة ﵂: (كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة)[1].

ونزول الدم بالدواء احتمالي، والاحتمالي لا يقدم على الثابت بالنص، لأنه يقيني[2].

* * *

(١) تقدم تخريجه: ص (٦١١).

(٢) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣١٤).

المسألة الثانية: إذا أخر قبض دينه فراراً من الزكاة، لا تجب عليه الزكاة[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

قبل بيان حكم تأخير قبض الدين فراراً من الزكاة، أبين أقوال العلماء في وجوب الزكاة في الدين إذا كان على مليء باذل.

اختلف العلماء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الزكاة تجب على صاحب الدين كل عام، إلا أنه لا يجب عليه إخراجها إلا إذا قبضه، فإذا قبضه زكاه لكل ما مضى من السنين، وهذا هو قول الحنفية[٢]، والمذهب عند الحنابلة[٣].

القول الثاني:

تجب فيه الزكاة عن كل عام، وإن لم يقبضه، ومن ثم يزكيه كلما مر عليه الحول، وهذا هو المذهب عند الشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥].

القول الثالث: تجب الزكاة لسنة واحدة إذا قبضه، وهذا قول المالكية[٦]، ورواية عند الحنابلة[٧].

القول الرابع: أن الزكاة لا تجب في الدين، وهذا هو القول القديم عند الشافعية[٨]، ورواية عند الحنابلة[٩].

---

(١) انظر: إيضاح المسالك ص (١١٥)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٢٧٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٢٣/١).

(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٢٩٣/١)، شرح فتح القدير (١٦٧/٢).

(٣) انظر: المغني (٢٦٩/٤)، كشاف القناع (١٧٢/٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥١/٢)، مغني المحتاج (٤١٠/١).

(٥) انظر: الفروع (٤٥٠/٣)، الإنصاف (٣٢١/٦).

(٦) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢٩٣/١)، بداية المجتهد (٤١٨/١).

(٧) انظر: الفروع (٤٥٠/٣)، الإنصاف (٣٢١/٦).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٥١/٢)، مغني المحتاج (٤١٠/١).

(٩) انظر: الإنصاف (٣٢١/٦).

أدلة القول الأول:

١ – الآثار الواردة عن علي وابن عمر وعائشة ﷺ قالوا: (لا زكاة في الـــدين حتى يقبض)[١]، ولم يعلم لهم مخالف من الصحابة[٢].

٢ – أن الزكاة مبنية على المواساة، وليس من المواساة أن يلزم الشخص بإخراجها عما ليس في يده، ولا ينتفع به، والدين من هذا النوع الذي ليس بيده، فـــلا يلزم إخراج زكاته قبل قبضه[٣].

٣ – وقالوا: يزكي الدين؛ لأن الدين مملوك لصاحبه يقدر على الانتفاع به، فلزمه زكاته، كسائر أمواله[٤].

أدلة القول الثاني:

١ – القياس على الوديعة، وذلك أن الدين إذا كان على مليء باذل معترف كـــان كالوديعة عنده، وكما أن صاحب الوديعة يخرج زكاتها وإن لم تكن في يده، فكذلك الدين[٥].

٢ – أن الدين على مليء باذل مقر لا مانع من قبضه فلا يؤثر كونه في غـــير يـــد مالكه، فتجب زكاته، ويجب إخراجها كلما مر الحول لانتفاء الموانع[٦].

---

(١) أخرجه عن علي ﷺ ابن أبي شيبة بلفظ: "كان يسأل عن الرجل له الدين على الرجل"، قال: «يزكيـــه صاحب المال فإن تَوِيَ ما عليه وخشي أن لا يقضى قال: يمهل فإذا خرج أدى زكاة ماله». توي: هلك.
انظر: المصنف، كتاب الزكاة، باب في زكاة الدين رقم (١٠٣٣٩)، وكذلك أخرجه عن عائـــشة ﷺ بلفظ: "وليس في الدين زكاة حتى يقبضه".
انظر: المصنف، كتاب الزكاة، باب في زكاة الدين رقم (١٠٣٥٢)، وأخرجه عن ابن عمر ﷺ البيهقي في السنن الكبرى، بلفظ: "زكوا زكاة أموالكم حولاً إلى حول، وما كان من دين ثقة فزكه، وما كان من دين مظنون فلا زكاة فيه حتى يقبضه صاحبه".
انظر: كتاب الزكاة، باب الدين إذا كان على معسر أو جاحد (١٥٠/٤).

(٢) انظر: كشاف القناع (١٧٢/٢).

(٣) انظر: المغني (٢٧٠/٤).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: الأم (٤٣/٢)، المغني (٢٧٠/٤).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٤١٠/١).

أدلة القول الثالث:

١ - أن الزكاة يعتبر لوجوبها إمكان الأداء، والدين فيما مضى من السنين لم يمكن أداؤه فلا تحسب فيه الزكاة لما مضى كله، وإنما لسنة واحدة وهي السنة التي قبض في آخرها لإمكان الأداء حينئذ[١].

٢ - أن الزكاة شرعت لمواساة الفقراء، وليس من المواساة إخراج زكاة مالٍ لم يقبضه[٢].

دليل القول الرابع:

١ - أن الدين مال لا نماء فيه، فلا تجب فيه الزكاة كسائر أموال القنية[٣] بجامع عدم النماء في الكل[٤].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول من أن الزكاة تجب فيه عن كل سنة إذا كانت على غني باذل، ولا يجب إخراجها إلا إذا قبضه فإذا قبضه زكاه لكل ما مضى من السنين.

أما مسألة تأخير صاحب الدين قبض دينه الحال على مليء باذل فراراً من الزكاة:

من خلال أقوال العلماء في المسألة السابقة تبين أن هذه المسألة لا تجري على مذهب الحنفية ومذهب الحنابلة بوجوب الزكاة لما مضى من السنوات إذا قبضه؛ لأن التأخير ليس فيه إسقاط للزكاة، وإنما التأخير في الأداء، ولأن الزكاة تجب لكل ما مضى من السنوات.

ولا تجري على مذهب الشافعية: بوجوب الزكاة في الدين ولو لم يقبضه؛ لأن تأخير القبض لا أثر له عندهم في أداء الزكاة.

وإنما تجري على قول المالكية، ورواية عند الحنابلة من أن الزكاة تجب إذا قبضه

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٣٢١).

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (١/٢٩٣).

(٣) القنية: حبس المال للانتفاع لا للتجارة، مغني المحتاج (١/٣٨٩).

(٤) انظر: المغني (٤/٢٧٠).

لسنة واحدة، وقد نص المالكية[1]، والحنابلة[2] على أن صاحب الدين إذا أخر قبض الدين الحال على المليء، فإن الزكاة لا تجب حتى يقبضه سواء قصد الفرار من الزكاة أو لا، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان من عدم الزكاة حتى يقبض المال[3].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا أخر صاحب الدين قبض دينه الحال على مليء فراراً من الزكاة، فإنه بحسب قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، تجب الزكاة عند الحلول ولا ينظر إلى وقت القبض، إلا أن المالكية قالوا: إن الزكاة لا تجب إلا بقبض المال، ولو قصد الفرار من الزكاة، وعلى هذا فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها المالكية من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"[4]، فمن أخر قبض دينه فراراً من الزكاة، لا تجب عليه الزكاة حتى يقبض المال.

والسبب: قاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان"[5]، وذلك لأن الأصل بقاء عدم الزكاة حتى يقبض المال.

* * *

(١) انظر: التاج والإكليل (٣١٠/١)، حاشية الدسوقي (٤٢٩/١).

(٢) انظر: الإنصاف (٣٢١/٦).

(٣) انظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٢٧٩).

(٤) انظر: إيضاح المسالك (١١٥).

(٥) انظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٢٧٩).

المسألة الثالثة: إذا باع المال الزكوي قبل الحول فراراً من الزكاة لم تجب الزكاة[1].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أن الاحتيال لسقوط الزكاة إذا كان بعد تمام الحول لا يسقط الزكاة، لاستقرار الوجوب بتمام الحول[2].

وأما إذا كان ذلك قبل الحول فاختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: يحرم الاحتيال لإسقاط الزكاة، وتجب مع الحيلة، كمن كانت عنده ماشية فباعها قبل الحول بدراهم فراراً من الزكاة، أو أبدل النصاب بغير جنسه ليقطع الحول ويستأنف حولاً آخر.

هذا إذا كان إبداله أو إسقاطه عند قرب الحول، وأما إذا فعل ذلك في أول الحول فلا تجب، لأن ذلك ليس بمظنة للفرار، وهذا قول المالكية[3]، والحنابلة[4].

القول الثاني: أن الزكاة تسقط مع الكراهة، وهذا قول الحنفية[5]، والشافعية[6].

أدلة القول الأول:

١ – قال الله تعالى: ﴿إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ*

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٣٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٦٩)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٣)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٢٧٩)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٢٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/١٥)، البحر الرائق (٢/٢٣٦)، مواهب الجليل (٣/١٨٥)، التاج والإكليل (٢/٢٦٤)، أسنى المطالب (١/٣٥٣)، مغني المحتاج (٢/٣٧٩)، المغني (٤/١٣٦)، كشاف القناع (٢/٢١٠).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٣/١٨٥)، التاج والإكليل (٢/٢٦٤).

(٤) انظر: المغني (٤/١٣٦)، كشاف القناع (٢/٢١٠).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢/١٥)، البحر الرائق (٢/٢٣٦).

(٦) انظر: أسنى المطالب (١/٣٥٣)، مغني المحتاج (٢/٣٧٩).

وَلَا يَسْتَثْنُونَ * فَطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِّن رَّبِّكَ وَهُمْ نَائِمُونَ * فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ * فَتَنَادَوا مُصْبِحِينَ ﴾[1].

وجه الاستدلال: أن الله عاقبهم بذلك، لفرارهم من الصدقة، لأنهم لما قصدوا قصداً فاسداً اقتضت الحكمة معاقبتهم بنقيض قصدهم[2].

٢ – أنه قصد إسقاط نصيب من انعقد سبب استحقاقه، فلم يسقط، كما لو طلق امرأته في مرض موته[3].

دليل القول الثاني:

١ – أن النصاب نقص قبل تمام حوله، فلم تجب فيه الزكاة كما إذا أتلفه لحاجته[4].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول سداً للذرائع، وحفظاً لحقوق الفقراء في هذه الأموال.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

الحول شرط في وجوب زكاة المال إذا بلغ نصاباً، فإذا باع المال قبل الحول بقصد الفرار من الزكاة، فعلى القول بوجوب الزكاة – وهو قول المالكية والحنابلة –[5]، المسألة متفرعة من قاعدة "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه" معاملة له بنقيض قصده.

---

(١) سورة القلم، الآية (١٧- ٢١).

(٢) انظر: الجامع لأحكام القرآن (١٥٦/١٨)، المغني (١٣٧/٤).

(٣) انظر: المغني (١٣٧/٤).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: ص (٦١٨).

وأما على قول الحنفية والشافعية – بعدم وجوب الزكاة –[1]، فالمسألة مستثناة من القاعدة، لأن مقتضى القاعدة وجوب الزكاة عليه، فلم يعاقب على فراره بوجوبها[2].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الحنفية[3]، والشافعية[4]، من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".

قال السيوطي: «أو باع المال قبل الحول، فراراً من الزكاة، صح جزماً، ولم تجب الزكاة، لئلا يلزم إيجابها في مال لم يحل عليه الحول في ملكه، فتختل قاعدة الزكاة»[5].

فالمال لم يحل عليه الحول وهو في ملكه بل حال وهو في ملك غيره، فانتفى سبب وجوب الزكاة، فلا تجب لئلا تختل قاعدة الزكاة، وهي وجوب الحول، وقاعدة الزكاة مجمع عليها[6]، فلا تختل بهذا القصد، ولذلك لا يعاقب لقصده.

* * *

(١) انظر: ص (٦١٨).

(٢) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣١٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح المجلة للأتاسي (٢٦٩/١).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (٢٨١/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣٠/١).

(٥) الأشباه والنظائر (٣٣٠/١).

(٦) انظر: الإجماع لابن المنذر (١٣)، المغني (٧٣/٤).

المسألة الرابعة: إذا قصد السفر في رمضان لأجل الفطر، جاز له الفطر[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

من سافر لأجل الفطر، هل يجوز له الفطر؟

اختلف الأئمة الأربعة على قولين:

القول الأول: من سافر لأجل الفطر، لا يجوز له الفطر، وهذا قول الحنابلة[٢]، وبعض المالكية[٣].

القول الثاني: يجوز له الفطر، وهذا قول الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، والشافعية[٦].

أدلة القول الأول:

١ – أنه لا يوجد عذر مبيح للفطر، وأما السفر فإنه لأجل الفطر فلا يجوز[٧].

٢ – المعاملة بنقيض مقصوده الفاسد[٨].

---

(١) انظر: إيضاح المسالك ص (١١٥)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٢٧٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٢٢/١)، وعند الحنفية والشافعية مسألة قريبة من هذه، وهي: إذا شرب شيئاً ليمرض قبل الفجر، فأصبح مريضاً: جاز له الفطر.

انظر: المنثور في القواعد (٢٨١/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣٠/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح المجلة للأتاسي (٢٦٩/١).

(٢) انظر: الإنصاف (٣٧٦/٧)، كشاف القناع (٣١٢/٢).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٣٧٧/٣)، الفواكه الدواني (٣٦٤/١).

(٤) بناء على قولهم جواز الفطر في سفر المعصية، وقولهم: جواز شرب الدواء ليمرض، فإذا أصبح مريضاً جاز له الفطر.

انظر: بدائع الصنائع (٩٤/٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح المجلة للأتاسي (٢٦٩/١).

(٥) انظر: الفواكه الدواني (٣٦٤/١)، بلغة السالك (٤٦٥/١).

(٦) انظر: تحفة المحتاج (٥٢٢/١)، حواشي الشرواني (٤٩١/٤)، وقالوا: إذا شرب دواء ليلاً ليمرض فأصبح مريضاً جاز له الفطر.

انظر: مغني المحتاج (٤٣٧/١).

(٧) انظر: كشاف القناع (٣١٢/٢).

(٨) انظر: مواهب الجليل (٣٧٧/٣).

دليل القول الثاني:

أن الفطر في السفر جائز لقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[1]. فإذا سافر تحقق السبب الشرعي.

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن في هذا حفظاً لحرمة شهر رمضان من التلاعب، وسداً للذرائع، خاصة مع سهولة وسائل السفر.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا سافر رجل في نهار رمضان لأجل الفطر، فإن السفر قد تحقق وهو سبب شرعي لجواز الفطر؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[2].

وكان بمقتضى قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه" عدم جواز الفطر؛ لأنه استعجل الفطر بالسفر.

لكن الجمهور قالوا: بجواز الفطر، وعلى هذا القول فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها المالكية من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"[3].

والسبب: أن السبب الشرعي للفطر قد تحقق، وإذا تحقق السبب جاز الفطر الثابت بالنص[4] قال تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾.

---

(١) سورة البقرة، الآية (١٨٤).

(٢) سورة البقرة، الآية (١٨٤).

(٣) انظر: إيضاح المسالك ص (١١٥)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٢٧٩).

(٤) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣١٥).

المسألة الخامسة: إذا قتل صاحب الدين المؤجل المدين حل الدين[1].

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا قتل صاحب الدين المؤجل المدين فهل يحل الدين؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الدين يحل، وهذا قول الحنفية[2]، والشافعية[3]، ورواية عند الحنابلة[4].

القول الثاني: أن الدين لا يحل بقتل صاحب الدين المؤجل المدين، وهذا قول المالكية[5]، ورواية عند الحنابلة[6].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بعموم الأدلة الدالة على أن الدين المؤجل يحل بموت المدين، ولم يستثنوا قتل صاحب الدين المدين، ومن ذلك:

١ – حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (نفس المؤمن معلقة بدينه، حتى يقضى عنه)[7].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠)، قواعد ابن رجب (٢/٤٠٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٨)، إيضاح المسالك (١١٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٦٨)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٧٤)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٢)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٦١)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٦٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٢٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢١٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤).

(٣) انظر: المجموع (١٤/٣٢٤)، مغني المحتاج (٢/١٤٧).

(٤) انظر: المغني (١٤/٤٦٨)، مطالب أولي النهى (٤/٧٣٦).

(٥) انظر: حاشية الخرشي (٦/١٨٤)، منح الجليل (٣/١٢٤).

(٦) انظر: المغني (٦/٥٦٧)، قواعد ابن رجب (٢/٤٠٥).

(٧) أخرجه الترمذي في كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: (نفس المؤمن معلقة بدينه...)، رقم (١٠٧٩)، وابن ماجه، في كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين رقم (٢٤١٣)، والإمام أحمد برقم (٩٦٧٩)، والحاكم في كتاب البيوع، باب من مات وهو بريء من ثلاث: الكبر والغلول والدين دخل=

وجه الاستدلال: أن الأجل جعل رفقاً بمن عليه الدين، والرفق بعد الموت أن يقضى دينه وتبرأ ذمته، وفي هذا الحديث حث على قضاء دين الميت، وعلى هذا إذا كان دينه مؤجلاً فإنه يحل بموته(١).

٢ – أن الدين لا يخلو: إما أن يبقى في ذمة المدين الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال، أما المدين الميت فلا يجوز بقاؤه في ذمته لخرابها، وتعذر مطالبته بها.

وكذلك الورثة؛ لأنهم لم يلتزموها، ولا رضي صاحب الدين بذممهم، وهي مختلفة متباينة، ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله؛ لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين، ولا نفع للورثة فيه، ولم يبق إلا أن يحل(٢).

٣ – أن الأجل حق للمقتول، لاحظ له في بقائه، بل الحظ في إسقاطه ليحل الدين ويقضى فيتخلص منه(٣).

أدلة القول الثاني:

١ – أن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة، والأجل حق للميت فيورث عنه كسائر حقوقه(٤)، وقد قال النبي ﷺ: (من ترك مالاً فلورثته)(٥).

٢ – أن القاتل استعجل الأجل قبل أوانه، فعوقب بحرمانه(٦).

=الجنة، رقم (٢٢٦٦)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب التفليس، باب حلول الدين على الميت (٤٩/٦).

قال الترمذي: «حديث حسن»، وقال الحاكم: «صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه»، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي، رقم (١٠٧٩).

(١) انظر: المجموع (٣٤٧/١٢).

(٢) انظر: المغني (٥٦٧/٦).

(٣) انظر: المجموع (٣٢٤/١٤).

(٤) انظر: المغني (٥٦٨/٦).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الكفالة، باب الدين، رقم (٢٢٩٨)، ومسلم في كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته، رقم (١٦١٩).

(٦) انظر: حاشية الخرشي (١٨٤/٦).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن الله جعل التوارث بعد قضاء الدين، لقوله سبحانه: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[1]، ولأن الأحظ للمقتول إسقاط الأجل ليحل الدين ويقضى فيتخلص منه.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا قتل صاحب الدين المؤجل المدين فإن الدين لا يحل بقتله، بل ينتفع الورثة بهذا الأجل الذي كان مقرراً للمدين أن ينتفع به، ويعامل الدائن بنقيض مقصوده، وبهذا فالمسألة متفرعة من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"[2].

وأما على القول بحلول الأجل – وهو قول الجمهور –[3] فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة مستثناة من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه" عند الحنفية[4]، والمالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]، وذلك لأن الأصل في الديون المؤجلة حلولها بالموت، كما هو متقرر عند الحنفية والمالكية والشافعية، ورواية عند الحنابلة[8]،

---

(١) سورة النساء، الآية (١١).

(٢) انظر: قواعد ابن رجب (٢/٤٠٥).

(٣) انظر: ص (٦٢٣).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٤).

(٥) انظر: إيضاح المسالك ص (١١٥).

(٦) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢١).

(٧) انظر: قواعد ابن رجب (٢/٤٠٥).

(٨) انظر: المبسوط (١٨/١٨٧)، بدائع الصنائع (٥/٢١٣)، حاشية الخرشي (٦/١٨٤)، منح الجليل (٣/١٢٤)، المجموع (١٢/٣٤٦)، مغني المحتاج (٢/١٤٧)، المغني (١٤/٤٦٨)، مطالب أولي النهي=

وأن الأجل يسقط، ويحل الدين بموت المدين، وتنقلب جميع الديون المؤجلة التي عليه مهما اختلفت آجالها حالة بموته.

قال ابن رجب عند قاعدة: "من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم؛ عوقب بحرمانه": «وأما إذا قتل الغريم غريمه؛ فإنه يحل دينه عليه، كما لو مات»[1].

* * *

=(٧٣٦/٤).

(١) القواعد (٤٠٥/٢).

المسألة السادسة: إذا قتل الموصى له الموصي، استحق الموصى به[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا قتل الموصى له الموصي، فهل تصح الوصية؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إذا قتل الموصى له الموصي يحرم من الوصية، وهذا قول الحنفية[(٢)]، وقول عند الشافعية مقابل الأظهر[(٣)]، والمذهب عند الحنابلة[(٤)].

القول الثاني: أن الوصية تصح للقاتل، وهذا قول المالكية[(٥)]، والشافعية في الأظهر[(٦)]، ورواية عند الحنابلة[(٧)].

أدلة القول الأول:

١ – أن الوصية كالإرث في الاستحقاق بالموت، والقتل يمنع من الميراث، فكذلك في الوصية[(٨)].

٢ – معاملة القاتل بنقيض قصده، لأنه استعجل ما أخره الله فيحرم كما يحرم من الميراث[(٩)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٢٨/١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٢١/١).

(٢) ويشترطون في القتل المانع من الوصية أن يكون على سبيل المباشرة، فإن لم يكن بالمباشرة فلا يمنع الوصية والإرث.

انظر: بدائع الصنائع (٣٣٩/٧)، العناية على الهداية (٤٩٣/١٢).

(٣) انظر: المجموع (٣٢٧/١٤)، مغني المحتاج (٤٣/٣).

(٤) والقتل المانع من الوصية عند الحنابلة هو القتل المضمون بقصاص أو دية أو كفارة، ولو كان خطأً وسواء كان القتل مباشرة أو تسبباً.

انظر: الإنصاف (٣٠٠/١٧)، كشاف القناع (٣٥٨/٤).

(٥) انظر: حاشية الخرشي (٤٦٣/٨)، حاشية الدسوقي (٣٧٩/٤).

(٦) انظر: المجموع (٣٢٧/١٤)، مغني المحتاج (٤٣/٣).

(٧) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٣٠٠/١٧)، الإنصاف (٣٠٢/١٧).

(٨) انظر: المجموع (٣٢٧/١٤)، مغني المحتاج (٤٣/٣)، الشرح الكبير لابن قدامة (٣٠١/١٧).

(٩) انظر: العناية على الهداية (٤٩٣/١٢).

دليل القول الثاني:

١ – أن الوصية تملك بعقد فأشبهت الهبة في صحة الوصية للقاتل[(١)].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، فالقتل مانع من الوصية فيعامل القاتل بنقيض قصده سداً للذرائع، حيث إن من مقاصد هذه القاعدة قفل الباب الذي ينشأ عن استخدامه الوسائل التي تفضي إلى مفاسد عظمى.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا قتل الموصى له الموصي استعجالاً للوصول إلى ما يستحقه بالوصية، فلا يستحق الموصى به، إجراء للوصية مجرى الميراث؛ لأن كلاً منهما مال يستحق بالموت، فكان القتل مانعاً منهما، ولذا اعتبرها كثيرون فرعاً من فروع قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"[(٢)].

وأما على القول بصحة الوصية للقاتل، فإن ذلك على خلاف القاعدة، لأن الموصى له قتل الموصي استعجالاً للوصول إلى ما يستحقه بالوصية، فكان مقتضاه حرمانه من الوصية، وبهذا القول المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"[(٣)]، بناء على القول الأظهر عند الشافعية، من أن الموصى له إذا قتل الموصي

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٣/٤٣)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٧/٣٠١).

(٢) انظر: قواعد ابن رجب (٢/٤٠٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٣)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٦٨)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٢٧٨)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (١٦٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٢٨).

استحق الوصية[١]، وذلك لقيام الأدلة الشرعية على أن الموصى له يملك الوصـــية بمـــوت الموصي[٢]، فالموت سبب دخول الوصية في ملك الموصى له، فإذا وجد الـــسبب تحقـــق المسبب، ولا عبرة بنوع تحقق السبب، فتدخل الوصية في ذمة الموصى له بالموت مطلقاً[٣]، وقياساً على الهبة؛ لأنها تمليك بعقد فأشبهت الهبة[٤]،ويفرق بينها وبين الإرث بأن الإرث يدخل في ملك الوارث قهراً، بخلاف الوصية فهي تتوقف على إجـــازة الموصـــى لـــه، فأشبهت الهبة.

* * *

(١) انظر: المجموع (٣٢٧/١٤)، مغني المحتاج (٤٣/٣).

(٢) منها قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١].

(٣) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣١٢).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٤٣/٣).

المسألة السابعة: إذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول استقر المهر[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أن أحد الزوجين إذا مات حتم أنفه قبل الدخول في نكاح فيه تسمية مهر أنه يتأكد المسمى، لأن المهر كان واجباً بالعقد، والعقد لم ينفسخ بالموت[٢].

وأما إذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول فإنهم اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: إذا قتلت المرأة نفسها لا يسقط عن الزوج شيء من المهر، وهذا قول الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والصحيح من قولي الشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

القول الثاني: أن المهر يسقط، وهذا قول عند الشافعية[٧]، وزفر من الحنفية[٨].

أدلة القول الأول:

١ – أن قتل المرأة نفسها هدر في أحكام الدنيا وإنما تؤاخذ به في الآخرة، وأما الدنيا فلا يتعلق به شيء من الأحكام فهو كموهما[٩].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣١/١)، إيضاح المسالك قاعدة (٨٨)، ص (١١٥)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٣)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٢٣/١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٩٤/٢)، البحر الرائق (٢١٣/٣)، حاشية الخرشي (٣١١/٤)، بلغة السالك (٢٨٣/٢)، المجموع (٢٣١/١٥)، مغني المحتاج (٢١٨/٣)، المغني (١٨٩/١٠)، كشاف القناع (١٥٠/٥).

(٣) انظر: المبسوط (١١٥/٥)، بدائع الصنائع (٢٩٤/٢).

(٤) انظر: حاشية الخرشي (٣١١/٤)، بلغة السالك (٢٨٣/٢).

(٥) انظر: المجموع (٢٣١/١٥)، مغني المحتاج (٢١٨/٣).

(٦) انظر: المغني (١٨٩/١٠)، الإنصاف (٢٢٦/٢١).

(٧) انظر: المجموع (٢٣١/١٥).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٢٩٤/٢).

(٩) انظر: المبسوط (١١٦/٥).

٢ - أن قتلها نفسها فرقة حصلت بانقضاء الأجل وانتهاء النكاح، فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت حتف أنفها[١].

دليل القول الثاني:

١ - أن قتلها نفسها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط بها المهر، كما لو ارتدت[٢].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لأن المهر واجب بالعقد، ولا يسقط بالموت.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا قتلت المرأة نفسها فهل يستقر المهر؟ بحسب قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، فإن المهر لا يستقر، لأنها استعجلت المهر قبل أوانه بفعل منها فتعاقب بالحرمان، وهذا أحد قولي الشافعية.

وأما على قول الجمهور باستقرار المهر فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"[٣].

والسبب: أن الموت سبب لثبوت المهر، وقد ماتت، وإذا وجد السبب ترتب عليه المسبب[٤].

---

(١) انظر: المجموع (٢٣١/١٥)، المغني (١٨٩/١٠).

(٢) انظر: المجموع (٢٣١/١٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٣٣١/١).

(٤) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣١٨).

والدليل على أن الموت سبب لثبوت المهر أن عبد الله بن مسعود ﷺ، قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً، و لم يدخل بها حتى مات، فقال: «لها صداق نسائها، لا وكس ولا شطط[1]، وعليها العدة ولها الميراث»، فقام معقل بن سنان الأشجعي[2]، فقال: قضى رسول الله ﷺ في بروع ابنة واشق[3] مثل ما قضيت[4].

* * *

(١) الوكس: النقص، والشطط: الجور.
انظر: النهاية في غريب الحديث (٢١٩/٥).

(٢) أبو عبد الرحمن معقل بن سنان بن مظهر بن عركي بن غطفان الأشجعي، له صحبة ورواية، حمل لواء أشجع يوم الفتح، نزل المدينة ثم الكوفة، واستشهد بالحرة سنة (٦٣هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (٥٧٦/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٢٥/٦).

(٣) بروع بنت واشق الرؤاسية الكلابية الأشجعية زوجة هلال بن أمية، اشتهرت بما قضى فيها النبي ﷺ لما أنكحت رجلاً وفوضت إليه، فتوفي قبل أن يجامعها فقضى لها رسول الله ﷺ بصداق نسائها.
انظر: الإصابة في تمييز الصحابة (٢٩/٨).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب فيمن تزوج و لم يسم صداقاً حتى مات، رقم (٢١١٦)، والترمذي في كتاب النكاح، باب في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، رقم (١١٤٥)، والنسائي في كتاب النكاح، باب التزويج بغير صداق، رقم (٣٣٥٤)، وابن ماجه في كتاب النكاح، باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك، رقم (١٨٩١)، والإمام أحمد برقم (٤٢٧٦)، والحاكم في كتاب النكاح، باب من تزوج و لم يفرض صداقاً، رقم (٢٧٩١)، قال الترمذي: «حديث ابن مسعود حسن صحيح»، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، و لم يخرجاه»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم (٢١١٦).

المسألة الثامنة: إذا طلق زوجته في مرض موته، فراراً من إرثها نفذ ولا ترثه[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن من طلق زوجته في مرض موته فراراً من إرث زوجته يصح طلاقه، كطلاقه في صحته، ما دام كامل الأهلية[٢].

كما اتفقوا على إرثها إذا مات وهي في عدتها من طلاق رجعي، لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه، ويملك إمساكها بالرجعة بغير رضاها[٣].

وأما إذا مات وهي في العدة من طلاق بائن، فقد اختلفوا على قولين:

القول الأول: أنها ترث[٤]، وهذا قول الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والشافعية في القديم[٧]، والحنابلة[٨].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٩)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٣)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٢٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/١٠٠)، شرح فتح القدير (٤/١٤٦)، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/٤٨٥)، بداية المجتهد (٢/١٣٧)، روضة الطالبين (٦/٦٧)، تحفة المحتاج (٣/٣٦٧)، المغني (٩/١٩٥)، الإنصاف (١٨/٣٠١).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/١٨٦)، العناية على الهداية (٤/١٤٥)، الكافي في فقه أهل المدنية لابن عبد البر (٢/٤٨٥)، الفواكه الدواني (٢/٣٤٤)، روضة الطالبين (٦/٦٧)، تحفة المحتاج (٣/٣٦٧)، المغني (٩/١٩٤)، كشاف القناع (٤/٤٨٠).

(٤) على اختلاف بينهم في وقت الموت:

الحنفية: ترث إن مات وهي في العدة، فإن مات بعد انتهاء العدة لا ترث.

المالكية: أنها ترث مطلقاً سواء كانت في العدة أم لم تكن، وسواء تزوجت أم لم تتزوج.

الحنابلة: لها الميراث مطلقاً سواء مات وهي في العدة أم مات بعدها بشرط ألا تكون قد تزوجت بغيره.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء (٢/١٨٦)، شرح فتح القدير (٤/١٤٥).

(٦) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/٤٨٤)، بداية المجتهد (٢/١٣٧).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٦/٦٧)، تحفة المحتاج (٣/٣٦٧).

(٨) انظر: المغني (٩/١٩٥)، الإنصاف (١٨/٣٠٠).

القول الثاني: أنها لا ترث، وهذا مذهب الشافعي في الجديد[1].

أدلة القول الأول:

١ – أن عثمان بن عفان ﷺ وَرَّث زوج عبد الرحمن بن عوف، وكان طلق زوجته في مرضه فبتها[2]، واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر، فكان إجماعاً[3].

٢ – القياس على قاتل المورث، وذلك أن الزوج قصد إبطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث[4].

دليل القول الثاني:

١ – انقطاع الزوجية بالبينونة، والتوارث إنما يكون مع بقاء الزوجية، ولأنها لو ماتت لم يرثها بالاتفاق[5].

الترجيح:

الراجح – القول الأول – معاملة له بنقيض قصده، وسداً للذرائع، فإن في ذلك سد الباب الذي ينشأ عن استخدامه الوسائل التي تفضي إلى مفاسد عظمى.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا طلق رجل امرأته بائناً في مرض موته فراراً من الإرث، فإنها ترثه معاملة له بنقيض مقصوده، وعلى هذا جمهور العلماء[6]، وعليه تكون المسألة متفرعة من قاعدة:

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٦/٦٧)، تحفة المحتاج (٣/٣٦٧).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الطلاق، باب طلاق المريض رقم (١٢٠٠)، والدار قطني في كتاب الطلاق رقم (٤٠٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت (٧/٣٦٢)، وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم (١٧٢١).

(٣) انظر: المغني (٩/١٩٥).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٤/١٤٦).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٦/٦٧).

(٦) انظر: ص (٦٣٣).

"من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، ولذا ذكرها ابن نجيم والزرقاء من فـــروع القاعدة[١].

أما على القول الجديد عند الشافعية بعدم الإرث، فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزركشي[٢]، والسيوطي[٣]، من قاعدة: "من استعجل شـــيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".

والسبب في ذلك: انقطاع الزوجية بالبينونة، والتوارث إنما يكون بسبب أو نسب، فالزوجية سبب الإرث، والمسبب ناتج عن وجود السبب، فلا يمكن أن يوجد مـــسبب وسببه غير حاصل أو موجود[٤].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٣)، شرح القواعد الفقهية (٤٧٢).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٢٩).

(٤) القواعد الفقهية لعزام (٣١٤).

المسألة التاسعة: إذا أمسك زوجته مسيئاً عشرها، لأجل إرثها ورثها[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا أمسك الزوج زوجته لأجل إرثها فماتت، فهل يرثها؟

هذه المسألة نص عليها الشافعية، وعندهم فيها قولان:

القول الأول: المشهور أنه يرثها.

القول الثاني: لا يرثها[٢].

وأما المذاهب الثلاثة فلم أجد من نص عليها منهم، ولذا خرجها بعض المتأخرين على قولهم في مسألة: من طلق زوجته طلاقاً بائناً فاراً من إرثها[٣] — وقد سبق بيان هذه المسألة بالتفصيل في المسألة الثامنة من هذا المبحث — وتبين أن الحنفية والمالكية والحنابلة قالوا: بتوريثها قياساً على قتل المورث معاملة له بنقيض قصده[٤]، فعليه لا يرث الزوج معاملة له بنقيض قصده.

والذي يظهر لي أن هذه المسألة لا تُخَرَّج على مسألة الفار، لأنه صدر من الزوج فعل وهو التطليق، أما في هذه المسألة فمجرد إمساك فقط، ثم إن سوء العشرة لا يؤدي إلى الموت حتماً ولا يقيناً ولا ظناً، بل احتمالي والاحتمالات لا تبنى عليها الأحكام؛ لأن الأحكام تبنى على اليقين[٥].

ولذا تبقى هذه المسألة على الأصل وهو التوارث بين الزوجين الثابت في آية المواريث[٦]، حيث إن شروط التوارث بينهما متحققة والموانع منتفية، والنشوز ليس مانعاً

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٦٩)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٢١).

(٢) انظر: الأم (٥/١٧٨)، روضة الطالبين (٥/٦٨٢).

(٣) انظر: النشوز وأحكامه في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير لموسى مسملي ص (٥٧٣).

(٤) انظر: ص (٦٣٣).

(٥) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣١٣).

(٦) سورة النساء، الآية (١٢).

من التوارث، والله أعلم.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا تزوج إنسان امرأة غنية وأساء عشرتها، وأمسكها لأجل إرثها ثم ماتت، فمقتضى القاعدة أنه لا يرث منها شيئاً، وعليه فالفرع داخل تحت قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، وأما على القول المشهور عند الشافعية أنه يرثها[١] فالمسألة مستثناة من القاعدة.

والذي يظهر أن هذه المسألة غير داخلة تحت هذه القاعدة، لأن الاستعجال المترتب عليه الحرمان يكون في الأمر الحتمي المتيقن الذي يكون سبباً قوياً في الموت، وإساءة العشرة ليست من هذا القبيل بل هي أمر احتمالي قد يكون فيه الموت، وقد لا يكون، وقد يموت الزوج قبل الزوجة، ومن ثم تكون هذه المسألة ليست من القاعدة فضلاً عن أن تكون مستثناة منها[٢].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء.

هذه المسألة استثناها الزركشي[٣]، والسيوطي[٤]، وابن نجيم[٥] من قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، ولم يظهر لي سبب الاستثناء عندهم، وكما سبق بيانه في المقصد السابق أن المسألة غير داخلة تحت القاعدة.

* * *

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٦٨٢).

(٢) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣١٣).

(٣) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٢٩).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٤).

المسألة العاشرة: إذا أمسك زوجته مسيئاً عشرها، لأجل الخلع نفذ[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا عضل الزوج امرأته، وضارها بالضرب والتضييق عليها ومنعها حقها من القسم والنفقة ونحو ذلك، لتفتدي نفسها منه، ففعلت، اختلف الأئمة الأربعة في صحة الخلع على قولين:

القول الأول: أن الخلع باطل، وما بذلته المرأة من العوض مردود عليها، والزوجة بحالها إلا أن يكون بلفظ الطلاق فيقع رجعياً، وهذا قول المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

القول الثاني: أن الخلع صحيح والعوض لازم، والزوج عاص، وهذا قول الحنفية[٥]، وبعض المالكية[٦].

أدلة القول الأول:

١ - قال الله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾[٧].

٢ - قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[٨].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٢٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٦٩)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٢١).

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/٥٩٣)، قوانين الأحكام الشرعية (٢٥٧).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥/٦٨١)، أسنى المطالب (٥/٢٩١).

(٤) انظر: المغني (١٠/٢٧٢)، الإنصاف (٢٢/١١).

(٥) انظر: شرح فتح القدير (٤/٢١٥)، حاشية ابن عابدين (١٠/٤٧٣).

(٦) انظر: الفواكه الدواني (٢/٨٦).

(٧) سورة النساء، الآية (١٩).

(٨) سورة البقرة، الآية (٢٢٩).

وجه الاستدلال: في الآية الأولى نهى الله عن العضل من أجل أخذ العوض والنهي للتحريم، وفي الثانية نهى الله عن أخذ العوض بغير حق، والنهي يقتضي الفساد[١].

٣ – أن المرأة أكرهت على بذل العوض بغير حق، فلم يُستَحَقَّ، كالثمن في البيع[٢].

أدلة القول الثاني:

١ – قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾[٣]، دليل قطعي على حرمة أخذ مالها، إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم – أي يحكم بصحة التملك – وإن كان بسبب خبيث لقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾[٤][٥].

٢ – قياس صحة الخلع على طلاق المكره فإنه واقع[٦].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، وذلك لأنها لم تخالعه اختياراً بل إكراهاً وجبراً بالتضييق وإساءة عشرتها.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة.

إذا عضل الزوج امرأته وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها من حقوقها،

---

(١) انظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن (١٤٢/٤)، (٥٣١/٦)، الجامع لأحكام القرآن (٩٠/٣)، (٦٣/٥).

(٢) انظر: المغني (٢٧٢/١٠).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٣١).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٢٩).

(٥) انظر: شرح فتح القدير (٢١٦/٤).

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٧٣/١٠).

حملاً لها على افتداء نفسها، فإنه على القول بعدم نفاذ الخلع وعدم استحقاقه العـــوض، المسألة متفرعة عن قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، معاملة له بنقيض قصده.

وأما على القول بصحة الخلع ولزوم العوض فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[١]، والسيوطي[٢]، وابن نجيم[٣]، ولم يظهر لي سبب الاستثناء عندهم، والقول بالاستثناء بناء على القول المرجوح، وأما على القول الـــراجح فإن المسألة متفرعة عن القاعدة.

* * *

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٢٨٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٢٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٤).

الفصل الحادي والعشرون

المستثنيات من قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"

وفيه تمهيد ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "النفل أوسع من الفرض".

* * *

قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"[(١)]

التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها.

١ – معنى القاعدة[(٢)]:

أن الشارع رخص ووسع في النوافل أكثر مما وسع في الفروض، فيصح في النفل ما لا يصح في الفرض من جنسه؛ لكونه أخفض درجة من الفرض[(٣)].

٢ – أدلة القاعدة:

١ – حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: (كان النبي ﷺ يصلي في السفر على راحلته حيث توجهت به يومئ إيماء، صلاة الليل إلا الفرض، ويوتر على راحلته)[(٤)].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على صحة نافلة الصلاة على الراحلة في السفر، وإن كان إلى غير القبلة مع عدم العذر، ولا يصح ذلك في المكتوبة.

٢ – حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كان رسول الله ﷺ يصلي ليلاً طويلاً، فإذا صلى قائماً ركع قائماً وإذا صلى قاعداً ركع قاعداً)[(٥)].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٣٥٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٣٢)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣١٦)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٢/٣١٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٤)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١/١٢٢٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٥١).

(٢) تقدم تعريف النفل والفرض ص (٥٢٨).

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١/١٢٢٠)، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير للدكتور عبدالرحمن العبد اللطيف (٢/٥٤٢).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الوتر، باب الوتر في السفر، رقم (١٠٠٠)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب جواز صلاة النافلة على الدابة في السفر حيث توجهت رقم (٧٠٠).

(٥) أخرجه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب جواز صلاة النافلة قائماً وقاعداً، رقم (٧٣٠).

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على جواز صلاة النافلة قاعداً من غير عذر، وأما الفريضة فلا يجوز.

٣ – حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (دخل علي النبي ﷺ ذات يوم فقال: هل عندكم شيء؟، فقلت: لا، قال: فإني إذن صائم، ثم أتانا يوماً آخر فقلنا: يا رسول الله أهدي لنا حَيْس[1]، فقال: أرينيه فلقد أصبحت صائماً فأكل)[2].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على جواز صوم التطوع بنية من النهار، وعدم جواز ذلك في الفرض، وجواز إفطار الصائم تطوعاً من غير عذر، وعدم جواز ذلك في الفرض.

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – لا يجب القيام في صلاة النافلة مع القدرة عليه، ويجب في الفرض[3].

٢ – لا يجب استقبال القبلة على الراحلة في السفر، ويجب في الفرض في السفر[4].

٣ – لا يجب تبييت النية في صيام النفل من الليل، وتصح بعد طلوع الفجر، ويجب تبييت نية الصيام من الليل قبل الفجر في الفرض[5].

* * *

---

(١) الحيس: هو الطعام المتخذ من التمر والأقط والسمن.
انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٤٦٧/١).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الصيام، باب جواز صوم النافلة بنية من النهار قبل الزوال، وجواز فطر الصائم نفلاً من غير عذر، رقم (١٦٩).

(٣) انظر: المنثور في القواعد (٣٥٠/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣٢/١).

(٤) انظر: المرجعين السابقين.

(٥) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٤).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: وجوب صلاة الفرض على فاقد الطهورين، ولا يجوز لـه صـلاة النفل.

المسألة الثانية: تجوز النيابة عن المعضوب في حج الفرض وتمتنع في النفل.

* * *

المسألة الأولى: وجوب الفرض على فاقد الطهورين، ولا يجوز له النفل[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

من فقد الطهورين: الماء والتراب؛ كالمحبوس في مكان لا يجد صعيداً طيباً ولا ماء يتوضأ منه، ومقطوع اليدين الذي لا يجد من يوضئه أو ييممه، والمصلوب، فهل يصلي الفرض فقط أو الفرض والنفل أو يسقط الفرض؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجب على فاقد الطهورين أن يصلي الفرض فقط في الوقت، وهذا قول الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وبعض المالكية[٤].

القول الثاني: يجب عليه أن يتشبه بالمصلين فيركع ويسجد ولا يقرأ ولا ينوي، ويعيد الصلاة بعد ذلك، وهذا قول الحنفية[٥].

القول الثالث: أن الصلاة تسقط على فاقد الطهورين، فلا يجب عليه أداؤها في الوقت، ولا قضاؤها في المستقبل إذا وجد الماء أو التراب، وهذا قول المالكية[٦].

أدلة القول الأول:

١ – يجب على فاقد الطهورين أن يصلي الفرض، لقول النبي ﷺ: (إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم)[٧]، وهذه هي استطاعة المكلف أن يصلي بدون طهارة.

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٣٥٠)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣١٨)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٥٢).

(٢) وقالوا: بالإعادة إذا وجد الطهور، انظر: نهاية المحتاج (١/٢٩٩)، مغني المحتاج (١/١٠٥).

(٣) وفي الإعادة إذا وجد الماء أو التراب روايتان، انظر: المغني (١/٣٢٨)، كشاف القناع (١/١٧١).

(٤) انظر: مواهب الجليل (١/٥٢٨)، حاشية الدسوقي (١/١٥٠).

(٥) انظر: البحر الرائق (١/١٧٢)، حاشية ابن عابدين (١/٤٢٣).

(٦) انظر: مواهب الجليل (١/٥٢٨)، حاشية الدسوقي (١/١٥٠).

(٧) تقدم تخريجه ص (٢٨٥).

٢ – تجب الصلاة لحرمة الوقت، ولأن العجز في الشرط لا يوجب ترك المشروط[١].

٣ – وقالوا لا يصلي النافلة؛ لأنه لا ضرورة إليها، وإنما أبيح له الفرض لداعي الضرورة إليه[٢].

دليل القول الثاني:

١ – القياس على الحائض إذا طهرت في رمضان، فإنها تمسك تشبهاً بالصائم لحرمة الشهر ثم تقضي، والمسافر إذا أفطر ثم أقام[٣].

دليل القول الثالث:

١ – إنما سقط عنه الأداء، لأن وجود الماء والصعيد شرط في وجوب أدائها، وقد عدم، وسقط عنه القضاء لأن شرط وجوبه تعلق الأداء بالقاضي و لم يتحقق[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول من أن فاقد الطهورين يصلي الفرض وصلاته صحيحة؛ لأنه ليس بإمكانه إلا ذلك، والله تعالى يقول: ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[٥].

ولأن النبي ﷺ أقر الطائفة التي صلت قبل فرضية التيمم بدون وضوء[٦]، مع أن الوضوء كان واجباً، ومع هذا صحح صلاتهم و لم يأمرهم بالإعادة، ولا يتنفل لأن الضرورة تقدر بقدرها.

---

(١) انظر: المغني (١/٣٢٨).

(٢) انظر: كشاف القناع (١/١٧١).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (١/٤٢٣).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (١/١٥٠).

(٥) سورة البقرة، آية (٢٨٦).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب التيمم، باب إذا لم يجد ماء ولا تراباً، رقم (٣٣٦)، ومسلم في كتاب الحيض، باب التيمم رقم (٣٦٧).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا فقد المسلم الطهورين: الماء والتراب، كالمحبوس في مكان لا يجد صعيداً طيباً ولا ماء يتوضأ منه، أو مقطوع اليدين الذي لا يجد من ييممه أو يوضيه أو المصلوب، فإنه يصلي الفرض، لحرمة الوقت، ولأن العجز عن الشرط لا يوجب ترك المشروط، وبحسب قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"، فإنه يجوز أن يصلي النفل، إلا أن العلماء قالوا: يصلي الفرض فقط، أما النفل فلا يؤديه عند فقد الطهورين[١]، وعلى هذا فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي من قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"، فقال: «وقد يضيق النفل في صور ترجع إلى أصل واحد وهو أنه إنما جاز في الفرض للضرورة، منها: يمتنع النفل على فاقد الطهورين، ونحوه لمن يصلي الفرض لحرمة الوقت وتجب عليه الإعادة»[٢].

فالسبب: قاعدة: "ما جاز للضرورة يتقدر بقدرها"[٣] فلا يصلي النافلة حينئذ إذ لا ضرورة إليها، وإنما أبيح الفرض لداعي الضرورة.

* * *

(١) انظر: ص (٦٤٥).

(٢) المنثور في القواعد (٢/٣٥٠).

(٣) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٤).

المسألة الثانية: تجوز النيابة عن المعضوب[١] في حج الفرض وتمنع في النفل[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اختلف الأئمة الأربعة في جواز النيابة عن المعضوب في النافلة على قولين:

القول الأول: تجوز النيابة عن المعضوب في حج النفل، وهذا قول الحنفية[٣]، والمذهب عند المالكية مع الكراهة[٤]، والأصح عند الشافعية[٥]، وقول الحنابلة[٦].

القول الثاني: لا تجوز النيابة عن المعضوب في حج النفل، وهذا قول عند مالك[٧]، وقول عند الشافعية[٨].

أدلة القول الأول:

١ - أن الحج عبادة جازت النيابة في فرضها[٩]، فتجوز في نفلها كأداء الزكاة[١٠].

٢ - أن باب النفل أوسع من باب الفرض[١١].

---

(١) المعضوب: الزَّمِن الذي لا حَرَاك به.
انظر: النهاية في غريب الحديث (٣/٢٥١).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (٢/٣٥٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٣٢)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١/١٢٢٠).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٣/١٤٤)، البحر الرائق (٣/٦٦).

(٤) انظر: التاج والإكليل (٤/٣)، حاشية الدسوقي (٢/١٦).

(٥) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٣/٣٠١)، المجموع (٧/٨٧).

(٦) انظر: الفروع (٥/٢٩٣)، الإنصاف (٨/٩٦).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٣/٥١٨)، حاشية الدسوقي (٢/١٦).

(٨) انظر: الشرح الكبير شرح الوجيز للرافعي (٣/٣٠١)، المجموع (٧/٨٧).

(٩) حديث عبد الله بن عباس ﷺ قال: (جاءت امرأة من خثعم، فقالت: يا رسول الله إن فريضة الله على عباده أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يثبت على الراحلة، أفأحج عنه؟ قال: نعم).
أخرجه البخاري في كتاب الحج، باب وجوب الحج وفضله، رقم (١٥١٣)، ومسلم في كتاب الحج، باب الحج عن العاجز لزمانة وهرم ونحوهما أو للموت، رقم (١٣٣٤).

(١٠) انظر: المجموع (٧/٨٦).

(١١) انظر: شرح فتح القدير (٣/١٤٤).

أدلة القول الثاني:

١ – أن الأصل عدم جريان النيابة في العبادة البدنية، كالصوم والحج[١].

٢ – أن الاستنابة إنما جازت في الفرض للضرورة، ولا ضرورة فلم تجز الاستنابة في النفل؛ كالصحيح[٢].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأنه يتوسع في النفل ما لا يتوسع في الفرض، فإذا جازت النيابة في الفرض فلأن تجوز في النفل من باب أولى.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

المعضوب الذي أدى فريضة الحج وأراد أن يستأجر من يحج عنه نفلاً، بحسب قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"، تجوز الاستنابة، لأنه إذا جازت النيابة في الفرض جازت في النفل، وإلى هذا ذهب جمهور العلماء[٣].

وأما على القول بعدم الجواز – وهذا قول عند المالكية والشافعية –[٤]، فإن المسألة مستثناة من القاعدة، لأنه قد ضيق في النفل ووسع في الفرض.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[٥]، والسيوطي[٦]، من قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"، قال السيوطي: «وقد يضيق النفل عن الفرض في صور ترجع إلى قاعدة: "ما

---

(١) انظر: مواهب الجليل (٥١٨/٣).

(٢) انظر: المجموع (٨٧/٧).

(٣) انظر: ص (٦٤٨).

(٤) انظر: ص (٦٤٨).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (٣٥٠/٢).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٣٣٢/١).

جاز للضرورة يتقدر بقدرها"، من ذلك: النيابة عن المعضوب، لا تجزئ في حج التطوع في قول»[1].

فالسبب: قاعدة: "الضرورة تقدر بقدرها"، لأن الاستنابة إنما جازت في الفــرض للضرورة لأداء ركن من أركان الإسلام، ولا ضرورة في النفل فلم تجز الاستنابة فيه.

* * *

(١) الأشباه والنظائر (٣٣٢/١).

الفصل الثاني والعشرون

المستثنيات من قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"

وفيه تمهيد ومبحث واحد.

- التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة".

* * *

قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"[(١)]

التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الولاية في اللغة: بالفتح النصرة، وبالكسر السلطة والتمكن[(٢)].

وفي الاصطلاح: "نفاذ التصرف في حق الغير شاء أم أبى"[(٣)].

المعنى الإجمالي:

الولاية هي نفوذ التصرف على الغير، وإنما كانت الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، لأن كل ما كان أقل اشتراكاً كان أقوى تأثيراً وتمكناً، وذلك لأن الولاية الخاصة تختص بمعين كالأب والجد، وأما الولاية العامة فتختص بغير معين إذ هي في جميع الناس، والأولى أقوى من الثانية، وهذا شيء يدركه الحس والعقل[(٤)].

أنواع الولاية:

الولاية نوعان: عامة وخاصة:

أما الولاية العامة: فتكون في الدين والدنيا والنفس والمال، وهي ولاية الإمام الأعظم ونوابه.

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٤٠٠/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣٣/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (١١٥٢/٢)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣١٩/٢)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٩)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٢/١)، شرح المجلة للأتاسي (١٤٧/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٥)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٢٤)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٥١/١٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٥٨)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٨٦/١).

(٢) انظر: لسان العرب (٤٠٧/١٥).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٢/١).

(٤) انظر: الوجيز في شرح القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٢٤)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٩).

وأما الولاية الخاصة: فهي التي ترتبط وتختص بمعين، كولاية الأب والجد، وهـذه أيضاً في النفس والمال معاً، أو في المال فقط[1].

وأما الأولى – التي في النفس والمال معاً – فهي على أربعة أضرب: قوية فيهمـا، وضعيفة فيهما، وقوية في أحدهما، ضعيفة في الآخر.

أما القوية فيهما فولاية الأب ثم الجد، وإن علا، فإنهما يملكان على هذا الترتيب تزويج الصغار ومداواتهم، والتصرف في أموالهم بشرط: حرية وتكليف واتحاد دين.

وأما الضعيفة فيهما فولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب أو من الأقارب – وكان هناك أقرب منه له – فإنه يلي على نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة، فإنه يملك تأديبه ودفعه في حرفة تليق بأمثاله، ويشتري له ما لابد له منه، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله.

وأما القوية في النفس الضعيفة في المال فولاية غير الأب والجد من العصبات وذوي الأرحام، فإنهم يملكون من التصرف في نفس الصغير والمعتوه بالشروط السابقة، ما يملكه الأب والجد عند عدمهما، وبشرط الكفاءة ومهر المثل في النكاح، وإن كانت في المـال ضعيفة بمنزلة غيره من الأقارب.

ويملكون هم وأوصياؤهم شراء ما لابد للصغير منه، وقبض الهبة والـصدقة لـه، وحفظ ماله دون التصرف فيه.

وأما القوية في المال الضعيفة في النفس فولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي على الصغار، فإنه يتصرف في مالهم تصرفاً قوياً، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف كتـصرف من كان الصغير في حجره من الأجانب[2].

وأما ولاية المال فقط فولاية متولي الوقف في مال الوقف، وولاية الوصي في مـال الكبير الغائب، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة إلا الدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه فيبيعه عليه ولو كان حاضراً إذا امتنع عن وفاء الدين[3].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١١)..

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٣٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤)، شرح القواعد الفقهيـة للزرقاء (٣١١)، القواعد الفقهية لعزام (٣١٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٣٥)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١١).

٢ – دليل القاعدة:

يستدل على أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة بحديث عائشة ﵂ قالت، قال النبي ﷺ: (السلطان ولي من لا ولي له)[١]، فقد دل الحديث على أن المرأة إذا كان لها ولي فهو الذي يتولى تزويجها بحكم الولاية الخاصة، إذ هي أقوى ولا تنتقل ولاية تزويجها إلى السلطان إلا إذا غاب أو امتنع وحينئذ تنتقل إلى السلطان، فكانت الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة[٢].

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – للولي الخاص استيفاء القصاص، والعفو على الدية، ومجاناً، وليس للإمام العفو مجاناً[٣].

٢ – لا يملك القاضي التصرف في مال الصغير مع وجود وصي الأب أو وصيه[٤].

٣ – أن القاضي لا يملك تزويج الصغار مع وجود الولي إلا بعد عضله[٥][٦].

* * *

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب في الولي رقم (٢٠٨٣)، والترمذي في كتاب النكاح، باب ما جاء في النكاح بلا ولي، رقم (١١٠٢)، وابن ماجه في كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (١٩٧٩)، والإمام أحمد برقم (٢٤٢٠٥)، والحاكم في كتاب النكاح، باب السلطان ولي من لا ولي له، رقم (٢٧٥٦)، والدار قطني في كتاب النكاح، رقم (٣٥٢٠)، والبيهقي في كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي (١٠٥/٧).

قال الترمذي: «حديث حسن»، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه»، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٢٤٣/٦)، رقم (١٨٤٠).

(٢) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٢١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣٣/١).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٣).

(٥) العضل: "منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك". انظر: المغني (٣٨٣/٩).

(٦) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٣).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: يملك القاضي الاستدانة على الوقف عند الحاجة، ولا يملك النـــاظر ذلك.

المسألة الثانية: يملك القاضي استبدال الوقف عند تعطل الوقف، ولا يملك النـــاظر ذلك.

المسألة الثالثة: يملك القاضي التقرير في الوظائف ولا يملك الناظر ذلك.

المسألة الرابعة: الوصي لا يملك استيفاء القصاص إذا قُتل مورث الصغير الذي تحت وصايته، والقاضي يملك ذلك.

* * *

المسألة الأولى: يملك القاضي الاستدانة على الوقف عند الحاجة، ولا يملك الناظر ذلك[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أن للحاكم الحق في الولاية الأصلية على الوقف مع عدم وجود الناظر الخاص[٢]؛ لحديث عائشة ﵂ أن النبي ﷺ قال: (السلطان ولي من لا ولي له)[٣].

واختلفوا في جواز استدانة الناظر على الوقف على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز للناظر الاستدانة على الوقف إلا بشرطين:

١ – إذن القاضي.

٢ – أن لا يكون للوقف غلة، ولا يتيسر إجارة عين الوقف والصرف من أجرتها، وهذا قول الحنفية[٤].

القول الثاني: يجوز للناظر أن يستدين على الوقف لمصلحة الوقف من غير إذن الحاكم، وهذا قول المالكية[٥]، والحنابلة [٦].

القول الثالث: لا يجوز للناظر أن يستدين على الوقف عند الحاجة إلا إذا شرطه الواقف أو أذن فيه الحاكم، وهذا قول الشافعية[٧].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٣)، القواعد الفقهية لعزام (٣٢٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٩٠).

(٢) انظر: البحر الرائق (٥/٢٤١)، حاشية ابن عابدين (٦/٥٧٠)، مواهب الجليل (٧/٦٥٦)، قوانين الأحكام الشرعية (٤٠٢)، روضة الطالبين (٤/٤١٠)، مغني المحتاج (٢/٣٩٣)، شرح منتهى الإرادات (٤/٣٦١)، مطالب أولي النهى (٥/٦٢).

(٣) تقدم تخريجه ص (٦٥٤).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٦/٢٤٠)، حاشية ابن عابدين (٦/٦٥٧).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (٤/٨٠)، بلغة السالك (٤/٢٥).

(٦) انظر: الفروع (٧/٣٥٧)، كشاف القناع (٤/٢٦٧).

(٧) انظر: نهاية المحتاج (٥/٤٠٠)، حاشية الجمل (٣/٥٩١).

دليل القول الأول:

١ – الوقف لا ذمة له، والفقراء وإن كانت لهم ذمة، لكن لكثـرتهم لا تتـصور مطالبتهم فلا يثبت إلا على القيِّم، وما وجب عليه لا يملك قضاؤه من غلـة الفقراء، وهذا هو القياس لكنه ترك عند الضرورة والاحتياج[١].

دليل القول الثاني:

أن الناظر مؤتمن في مطلق التصرف، فالإذن والائتمان ثابتان له، فيجوز له الاستدانة على الوقف[٢].

دليل القول الثالث:

أن الناظر لم يجعل له ولاية في التصرف في مال الوقف بل استنابة فيما يباشر بالعمل فقط، فلم يجز له الاستدانة إلا بشرط الواقف أو إذن الحاكم[٣].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن في الاستدانة ضرراً على الوقف، فلابـد من إذن القاضي عند الاستدانة لأن تقدير الضرورة إلى الاستدانة مسألة موضوعية يرجع تقديرها إلى القاضي الذي يستند في الغالب بأهل الخبرة، كما أن في إعطاء الحرية للناظر قد يؤدي به إلى إضاعة أموال الوقف خصوصاً عند العجز عن الوفاء.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

ناظر الوقف ولايته خاصة، والقاضي ولايته عامة، والولاية الخاصة أقوى، فلا يحق لصاحب الولاية العامة على الوقف أن يتصرف في مال الوقف مع وجود صاحب الولاية الخاصة، وبحسب قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"، فإن الناظر يحـق لـه

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٦٥٧).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٤/٨٠)، كشاف القناع (٤/٢٦٧).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (٥/٤٠١).

الاستدانة على الوقف عند الحاجة وإلى هذا ذهب المالكية والحنابلة[١].

وأما على قول الحنفية من أنه لا يجوز للناظر الاستدانة على الوقف ويجــوز ذلــك للقاضي[٢]، فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزرقاء من قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"[٣]، بناء على قول الحنفية بعدم جواز استدانة الناظر على الوقف، ويجوز ذلك للقاضي عنــد عدم وجود الناظر، وبَين الزرقاء السبب فقال: «ما ذكر من المستثنيات فإن ملكه – أي القاضي – لها بالسبب العام»[٤]، أي أن القاضي يملك الاستدانة بسبب الولاية العامة التي أخبر عنها النبي ﷺ بقوله: (السلطان ولي من لا ولي له)[٥].

* * *

(١) انظر: ص (٦٥٦).

(٢) انظر: ص (٦٥٦).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية (٣١٣).

(٤) المرجع السابق، ص (٣١٤).

(٥) تقدم تخريجه ص (٦٥٤).

المسألة الثانية: يملك القاضي استبدال الوقف عند تعطله ولا يملك الناظر ذلك[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا لم يشترط الواقف استبدال الوقف للناظر، فلا يخلو: إما أن يكون الوقف ما زال قائماً ينتفع به وإما أن يكون قد خرب وأصبح لا ينتفع به.

الحالة الأولى: أن يكون الوقف قائماً ينتفع به، فقد اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا يجوز للناظر استبدال الوقف[٢].

واختلفوا في جوازه للقاضي باعتبار عموم النظر على قولين:

القول الأول: لا يجوز للقاضي استبدال الوقف ما دام قائماً ينتفع به، ولو قل ريعه وكان بدله خيراً منه، وهذا قول الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

القول الثاني: يجوز للقاضي استبدال الوقف القائم المنتفع به ببدل خير منه ريعاً ونفعاً، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية[٧].

دليل القول الأول:

١ – أن الأصل تحريم بيع الوقف، وإنما أبيح للضرورة عند تعطله صيانة لمقصود الوقف عن الضياع، ولا ضرورة مع عدم تعطله[٨].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٣)، القواعد الفقهية لعزام (٣٢٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٩٠).

(٢) انظر: البحر الرائق (٥/٢٤١)، حاشية ابن عابدين (٦/٥٨٨)، الفواكه الدواني (٢/٢٣٠)، حاشية الدسوقي (٤/٨٢)، نهاية المحتاج (٥/٣٩٥)، مغني المحتاج (٢/٣٩٢)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٦/٥١٠)، كشاف القناع (٤/٢٩٢).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٥/٤٤٠)، حاشية ابن عابدين (٦/٥٨٨).

(٤) انظر: الفواكه الدواني (٢/٢٣٠)، حاشية الدسوقي (٤/٨٢).

(٥) انظر: نهاية المحتاج (٥/٣٩٥)، مغني المحتاج (٢/٣٩٢).

(٦) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٦/٥١٠)، كشاف القناع (٤/٢٩٢).

(٧) انظر: البحر الرائق (٥/٢٤١)، حاشية ابن عابدين (٦/٥٨٨).

(٨) انظر: البحر الرائق (٥/٢٤٠).

دليل القول الثاني:

١ – أن في الاستبدال نفعاً للوقف، وليس فيه منافاة لمقصده[١].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، فالوقف إذا كان قائماً فلا مسوغ للاستبدال، وفي المنع سدٌّ لذريعة التلاعب بالأوقاف.

الحالة الثانية: إذا خرب الوقف وأصبح لا ينتفع به، اختلف الأئمة الأربعة في جواز استبداله على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إذا خرب الوقف وأصبح لا ينتفع به فإنه يجوز استبداله، وهذا قول الحنفية[٢]، والحنابلة[٣].

القول الثاني: لا يجوز استبدال الوقف ولو أصبح لا ينتفع به، وهذا قول الشافعية، واستثنوا: حصر المسجد إذا بليت والفرس الموقوف على الغزو، ولم يصلح له جاز بيعه[٤].

القول الثالث: يجوز استبدال الوقف المنقول، ولا يجوز استبدال العقار، وهذا قول المالكية[٥].

أدلة القول الأول:

١ – أن المقصود بالوقف انتفاع الموقوف عليه بالثمرة، لا بعين الأصل من حيث هو، ومنع البيع مبطل لهذا المعنى الذي اقتضاه الوقف فيكون خلاف الأصل[٦].

---

(١) انظر: البحر الرائق (٥/٢٤٠).

(٢) انظر: البحر الرائق (٥/٢٤٠)، حاشية ابن عابدين (٦/٥٨٥)، واشترطوا شروطاً للاستبدال منها أن يكون المستبدل القاضي، ذكرها ابن عابدين (٦/٥٨٥).

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٦/٥٢١)، كشاف القناع (٤/٢٩٢).

(٤) انظر: نهاية المحتاج (٥/٣٩٥)، مغني المحتاج (٢/٣٩٢).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٧/٦٦١)، حاشية الدسوقي (٤/٨٢).

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٥٨٤)، كشاف القناع (٤/٢٩٢).

٢ – النهي عن إضاعة المال، وفي إبقائه مع تعطله إضاعة للمال، فوجب الحفظ بالبيع[١].

٣ – أن في الاستبدال بقاء للوقف بمعناه حين تعذر الإبقاء بصورته، فيكون الاستبدال متعيناً[٢].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالاً قط أنفس منه، فكيف تأمرني به؟ قال: (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)، فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث[٣].

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن الوقف لا يباع مطلقاً.

٢ – أن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه، لا يجوز بيعه مع بقاء تعطله[٤].

دليل القول الثالث:

١ – أن بقاء أحباس السلف دليل على منع بيعها وميراثها[٥].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول القائل بجواز استبدال الوقف إذا خرب وأصبح لا ينتفع به، لأن منع الاستبدال تعطيل للوقف وتفويت الانتفاع به.

---

(١) انظر: كشاف القناع (٤/٢٩٢).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب رقم (٢٧٧٢)، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوقف رقم (١٦٣٢).

(٤) انظر: المجموع (١٤/٢٦٧).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٧/٦٦٨).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا خرب الوقف وأصبح لا ينتفع به فيجوز على القول الراجح استبداله، وهـــذا مقتضى قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"، فإن الناظر يملك بيع الوقـــف واستبداله، وما ذهب إليه الحنفية من أن الناظر لا يملك الاستبدال[١]، فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزرقاء من قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"[٢]، بناء على قول الحنفية: «إن القاضي يملك استبدال الوقف أما الناظر فلا يملك ذلك».

وسبب الاستثناء: أن ملك القاضي للاستبدال بسبب ولايته العامـــة الـــواردة في حديث: (السلطان ولي من لا ولي له)[٣].

* * *

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٥٨٥).

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية (٣١٣).

(٣) تقدم تخريجه ص (٦٥٤).

المسألة الثالثة: يملك القاضي التقرير في الوظائف ولا يملك ناظر الوقف ذلك(١).

المقصد الأول: حكم المسألة:

تقرير الوظائف في الوقف مثل تنصيب إمام للمسجد الموقوف ومؤذن وقيِّم ونحو ذلك، اختلف الأئمة الأربعة فِيمَن يتولاه على قولين:

القول الأول: أن التقرير في الوظائف للناظر ما لم تكن الوظائف من الأمور العامة في الإسلام، وهذا قول المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

القول الثاني: أن التقرير في الوظائف للقاضي ما لم يشترط الواقف ذلك للناظر الخاص، وهذا قول الحنفية(٥)، وبعض الشافعية(٦).

أدلة القول الأول:

١ – أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، فيتولى الناظر الخاص كل ما يتعلق بالوقف، ما لم يكن لها تعلق بالأمور العامة للمسلمين، لأن الأمور العامة مفوضة إلى الحاكم من جهة الشرع(٧).

٢ – أنه ليس للحاكم مع الناظر الخاص ولاية على ذلك، كما ليس له ولاية على وكيل المتصدق(٨).

دليل القول الثاني:

١ – أن تقرير الوظائف تصرف في الموقوف عليهم بغير شرط الواقف، وذلك لا يجوز بخلاف ما إذا شرطه الواقف(٩).

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٣)، القواعد الفقهية لعزام (٣٢٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٩٠/١).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٦٥٦/٧)، منح الجليل (٣٥٨/٣).

(٣) انظر: المجموع (٢٦٩/١٤)، نهاية المحتاج (٤٠٠/٥).

(٤) انظر: الفروع (٣٤٨/٧)، الإنصاف (٤٤٨/١٦).

(٥) انظر: البحر الرائق (٢٥١/٥)، حاشية ابن عابدين (٥٨٢/٦).

(٦) انظر: المجموع (٢٦٩/١٤).

(٧) انظر: تيسير الوقوف (١٤٤/١).

(٨) انظر: تيسير الوقوف (١٤٤/١).

(٩) انظر: الفتاوى الخيرية لنفع خير البرية (١٢١/١).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن تقرير الوظائف من حق الواقف فيلزم ثبوته لنائبه عند الإطلاق، أما التقرير في الأمور التي لها تعلق بالأمور العامة فإنه للحاكم، لأنه أعلم بمن يصلح ومن لا يصلح، وهو المفوض إليه من جهة الشرع.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إن الناظر له الحق في تقرير الوظائف من العزل والنصب على القول الراجح[١]، وذلك مقتضى قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة".

وأما ما ذهب إليه الحنفية من أن تقرير الوظائف للحاكم، وليس ذلك للناظر إلا أن يشترطه الواقف[٢]، فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزرقاء من قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"[٣]، بناء على قول الحنفية من أن الحاكم هو الذي يملك تقرير الوظائف، وأما الناظر فلا يملك إلا أن يشترطه الواقف.

وسبب الاستثناء هو أن القاضي يملك ذلك بسبب ولايته العامة[٤].

* * *

---

(١) انظر: ص (٦٦٣).

(٢) انظر: ص (٦٦٣).

(٣) شرح القواعد الفقهية (٣١٣).

(٤) انظر: المرجع السابق، ص (٣١٤).

المسألة الرابعة: الوصي لا يملك استيفاء القصاص إذا قُتل مورث الصغير الذي تحت وصايته، والقاضي يملك ذلك[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا كان الصغير هو ولي الدم في القتل العمد، فهل لوصيه الحق في استيفاء القصاص بولايته على الصبي؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الولي لا يجوز له استيفاء القصاص عن غير المكلف مهما كانت مترلته، بل يحبس الجاني إلى تكليف الصغير، وهذا قول الشافعية[٢]، والحنابلة في أظهر الروايتين[٣].

القول الثاني: يجوز للولي استيفاء القصاص عن غير المكلف[٤]، وهذا قول الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، ورواية عند الحنابلة[٧].

---

(١) انظر: درر شرح مجلة الأحكام (٥٣/١)، شرح المجلة للأتاسي (١٥١/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣١٣)، القواعد الفقهية لعزام (٣٢٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٩٠/١).

(٢) انظر: المهذب (١٨٥/٢)، المجموع (٣١٦/١٧).

(٣) انظر: المغني (٥٧٦/١١)، كشاف القناع (٦٢١/٥).

(٤) على اختلاف بينهم في الولي الذي يجوز له الاستيفاء على أربعة أقوال:
القول الأول: يجوز للأب والوصي والحاكم استيفاء القصاص عن الصغير أو المجنون ولا يجوز لغيرهم، وهذا رواية عند الحنابلة.
القول الثاني: أنه يجوز للأب والجد فقط، وهذا قول الحنفية.
القول الثالث: أن القاضي له استيفاء القصاص عن غير المكلف إذا عدم الأب، وهذا قول بعض الحنفية.
القول الرابع: أنه لكل ولي سواء كان ذلك الولي أباً أو وصياً أو غيرهما، وهذا قول المالكية.
انظر: بدائع الصنائع (٢٤٤/٧)، نتائج الأفكار (٢٢٥/١٠)، حاشية الخرشي (١٧٤/٨)، حاشية الدسوقي (٢٢٩/٤)، المغني (٥٧٧/١١)، الإنصاف (١٤٦/٢٥).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٤٤/٧)، نتائج الأفكار (٢٢٥/١٠).

(٦) انظر: المدونة الكبرى (٤٤٢/١٦)، حاشية الدسوقي (٢٢٩/٤).

(٧) انظر: المغني (٥٧٦/١١)، الإنصاف (١٤٣/٢٥).

أدلة القول الأول:

١ – أن من مقاصد القصاص التشفي، وهو لا يحصل إلا باستيفاء صاحب الحق[1].

٢ – أن الأب ليس له أن يطلق زوجة ابنه بدون رضاه، فإذا كان كذلك فليس له أن يستوفي عنه القصاص[2].

أدلة القول الثاني:

١ – أن الحسن بن علي رضي الله عنه قتل عبد الرحمن بن ملجم[3]، قاتل أبيه و لم ينتظر الصغار، وكان لعلي رضي الله عنه أولاد صغار لم يبلغوا الحلم[4].

٢ – أن القصاص أحد بدلي النفس، فيجوز للولي استيفاؤه قياساً على الدية[5].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول فيحبس القاتل إلى أن يبلغ الصغير، لأن فيه مصلحة للقاتل بأن لا يقتل، ومصلحة للصغير ليحصل له التشفي، وهذا من مقاصد القصاص.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا كان الصغير هو ولي الدم في القتل العمد فوصيه ليس له القصاص أو العفو عنه، والقاضي له حق القصاص، فالقاضي يملك بولايته العامة ما لا يملك الوصي بولايته الخاصة، وكان بمقتضى قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"، أن يكون

---

(١) انظر: المهذب (١٨٥/٢)، كشاف القناع (٦٢١/٥).

(٢) انظر: المغني (٥٧٧/١١).

(٣) عبد الرحمن بن ملجم المرادي، أدرك الجاهلية وهاجر في خلافة عمر، وقرأ على معاذ بن جبل، ثم صار من كبار الخوارج، قتل أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فقتله الحسن بن علي سنة ٤٠هـ.
انظر: ميزان الاعتدال (٥٩٢/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٠٠/٥).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الجنايات، باب من زعم أن للكبار أن يقتصوا قبل بلوغ الصغار (٥٨/٨)، وابن أبي شيبة في كتاب الديات، باب الرجل يقتل وله ولد صغار رقم (٧٨٢٧).

(٥) انظر: المغني (٥٧٧/١١).

بالعكس، لكن هذه المسألة استثنيت من القاعدة على قول الحنفية بجواز استيفاء القاضي القصاص دون الوصي[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها علي حيدر من قاعدة: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"، فقال: «ولهذه القاعدة مستثنى وهو: إذا كان الصبي ولي القتل فوصيه وإن كان له حق الصلح عن القصاص بمال لا يكون أقل من الدية الشرعية فليس له قصاص القاتل أو إعفاؤه من القصاص، مع أن القاضي له حق القصاص بماله من الولاية العامة، فالقاضي هنا يملك بولايته العامة ما لا يملكه الوصي بولايته الخاصة»[٢].

فالسبب عنده هو ما للقاضي من ولاية عامة، لكن القول بالاستثناء غير صحيح؛ لأن ولاية الوصي على النفس والمال ضعيفة[٣].

قال الزرقاء: «وفي الحقيقة لا استثناء، فإن ولاية استيفاء القصاص عن الصغير تابعة للولاية على نفسه، ولا ولاية على نفسه للوصي، وماله من الولاية المتقدمة ضعيفة»[٤] أي أن ولاية الوصي ضعيفة في النفس والمال.

* * *

(١) انظر: ص (٦٦٥).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٣/١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣٦/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٥).

(٤) شرح القواعد الفقهية (٣١٣).

الفصل الثالث والعشرون

المستثنيات من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"

وفيه تمهيد ومبحث واحد.

- التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه".

* * *

قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"[1]

التمهيد: في معنى القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

لا عبرة: من الاعتبار، بمعنى الاعتداد بالشيء في ترتب الحكم، أي لا اعتبار ولا اعتداد[2].

الظن في اللغة: خلاف اليقين، وقد يستعمل بمعنى اليقين، كقوله تعالى: ﴿ الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُم مُّلَاقُوا رَبِّهِمْ ﴾[3].

ويأتي بمعنى الشك – كقوله تعالى -: ﴿ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَظُنُّونَ ﴾[4] أي يشكون، والظنة: التهمة[5].

وفي الاصطلاح: "ترجح أحد الاحتمالين في النفس على الآخر من غير قطع"[6] أو

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٩٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٣٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٥)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/٩٦١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣٢٧)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٧٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٦٤)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٠٠)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٥٧)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٨)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢١٠)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٦٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣٣٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/١٧٨).

وذكر ابن رجب قاعدة قريبة منها وهي: "من تصرف في شيء يظنه أنه لا يملكه، فتبين أنه كان يملكه" (١/٥٢٢).

(٢) انظر: المصباح المنير (٢/٣٩٠).

(٣) سورة البقرة، الآية (٤٦).

(٤) سورة البقرة، الآية (٧٨).

(٥) انظر: مقاييس اللغة (٣/٤٦٣)، لسان العرب (١٣/٢٧٢، ٢٧٣).

(٦) الإحكام للآمدي (١/١٢).

"تجويز أمرين أحدهما أقوى من الآخر"[١].

الخطأ في اللغة: يطلق ويراد به ما يقابل الصواب، ويطلق على ما يقابل العمد[٢].

وفي الاصطلاح: "أن يقصد بفعله شيئاً، فيصادف فعله غير ما قصده"[٣].

المعنى الإجمالي:

إذا بني فعل من حكم أو استحقاق على ظن ثم تبين خطأ ذلك الظن، سواء أكان الخطأ ظاهراً ومبيناً للحال، أم كان خفياً ثم ظهر بعد، فيجب عدم اعتبار ذلك الفعل وإلغاؤه[٤].

٢ – دليل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بأدلة قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"[٥]، باعتبارها متفرعة عنها، لأن المجتهد في المسائل الظنية إذا عرض له استنباط أو دليل آخر أقوى فإنه يرجع عن قوله الأول؛ لأن القول الأول ثبت أنه كان مبنياً على ظن خاطئ والظن الخاطئ لا يزيل اليقين.

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – لو ظن المكلف في الواجب الموسع أنه لا يعيش إلى آخر الوقت تضيق عليه الوقت، فلو لم يفعله، ثم عاش وفعله، فأداء على الصحيح[٦].

٢ – لو ظن الماء نجساً فتوضأ به، ثم تبين أنه طاهر، جاز وضوؤه[٧].

---

(١) العدة لأبي يعلى (٨٣/١).

(٢) انظر: لسان العرب (٦٥/١)، المصباح المنير (١٧٤/١).

(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب (٣٦٧/٢).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٥٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢١٠).

(٥) انظر: ص (٨٩).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣٨/١).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٥).

٣ – لو تكلمت زوجته فقال: هذا كفر وحرمت علي، ثم تبين أن ذلك اللفظ ليس بكفر، لا تحرم[١].

٤ – لو دفع نفقة فرضها القاضي عليه، ثم تبين عدم وجوبها رجع بها[٢].

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٥٧).

(٢) انظر: المرجع السابق.

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"

وفيه سبع مسائل:

المسألة الأولى: إذا رأى المتيمم ركباً، فظن أن معهم ماء، توجه عليه الطلب وبطل التيمم.

المسألة الثانية: إذا صلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه متوضئ أعاد.

المسألة الثالثة: إذا صلى في ثوب وعنده أنه نجس فظهر أنه طاهر أعاد.

المسألة الرابعة: إذا صلى الفرض يظن الوقت لم يدخل ثم تبين أنه دخل أعاد.

المسألة الخامسة: إذا صلى خلف من يظنه متطهراً فبان حدثه، صحت صلاته.

المسألة السادسة: إذا أعطى زكاة ماله من ظنه مصرفاً لها، ثم تبين أنه غني أو أنه ابنه، أجزأه.

المسألة السابعة: إذا خاطب امرأته بالطلاق وهو يظنها أجنبية نفذ طلاقه.

* * *

المسألة الأولى: إذا رأى المتيمم ركباً، فظن أن معهم ماء، توجه عليه الطلب وبطل التيمم[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا طلب الماء من يقدر على استعماله في الطهارة، فلم يجده فتيمم وقبل أن يدخل في الصلاة، حدث أن رأى ركباً أقبل فظن أن معهم ماء، وما اشبه هذا مما يظن معه وجود الماء، فهل يبطل تيممه؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن التيمم لا يبطل، وهذا قول الحنفية[٢]، واحتمال عند الحنابلة[٣].

القول الثاني: أن من تيمم لعدم الماء ثم عرض له ما يظن بسببه القدرة على الماء فإن تيممه يبطل سواء تبين له خلاف شكه أم لم يتبين له خلافه، وهذا قول المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

دليل القول الأول:

١ - أن المتيمم لم يُحدث ولم يجد الماء، والشك في وجوده لا يوجب الطلب، لأنه لا يبنى عليه حكم[٧].

دليل القول الثاني:

١ - أن التيمم يراد لإباحة الصلاة، فإذا رأى شيئاً يدل على الماء لزمه طلب الماء وإذا لزمه الطلب بطل تيممه[٨].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٩٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٠)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣٢٩)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٩)، القواعد الفقهية لعزام (٣٣٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/١٨٢).

(٢) انظر: اللباب في شرح الكتاب (١/٥٥)، البناية على الهداية (١/٥٤٨).

(٣) انظر: المغني (١/٣٥٠).

(٤) انظر: التاج والإكليل (١/٥٢٣)، حاشية الدسوقي (١/٢٤١).

(٥) انظر: المجموع (٢/٢٦٢)، مغني المحتاج (١/١٠١).

(٦) انظر: المغني (١/٣٥٠)، شرح منتهى الإرادات (١/١٨٧).

(٧) انظر:البناية على الهداية (١/٥٤٨).

(٨) انظر: التاج والإكليل (١/٥٢٣)، المجموع (٢/٢٦٢)، المغني (١/٣٥٠).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن الطهارة المتيقنة لا تبطل بالشك، ووجوب الطلب ليس بمبطل للتيمم؛ لأن كونه مبطلاً إنما يثبت بدليل شرعي، وليس في هذا نص، ولا معنى نص، فينتفي الدليل.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا تيمم شخص لفقد الماء وأراد الصلاة، وقبل أن يدخل في الصلاة رأى جماعة فظن أن معهم ماء، فإنه بمقتضى قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه" لا يجب عليه الطلب لعدم اعتبار الظن، وإلى هذا ذهب الحنفية[١]، وأما على قول الجمهور يبطل تيممه وإن بان أنه لا ماء مع الركب أي بان أن ظن وجود الماء كان خطأً[٢]، فعلى مقتضى القاعدة لا يبطل تيممه، لأنه بان الخطأ في ظن وجود الماء، ولكنهم يقولون ببطلانه، فتكون المسألة مستثناة من القاعدة[٣].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[٤]، والسيوطي[٥]، من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، وذلك لأن طلب الماء واجب بقوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾[٦].

ولا يقال: إن الشخص غير واجد إلا بعد طلب الماء، فيتوجب عليه طلب الماء في الركب، وإن لم يكن معهم ماء، لأن الآية توجب الطلب[٧].

---

(١) انظر: ص (٦٧٣).

(٢) انظر: ص (٦٧٣).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٣٧).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (٢/٩٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٤٠).

(٦) سورة النساء، الآية (٤٣).

(٧) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٣٧).

المسألة الثانية: إذا صلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه متوضئ أعاد.

المسألة الثالثة: إذا صلى في ثوب وعنده أنه نجس فظهر أنه طاهر، أعاد[١].

المقصد الأول: حكم المسألتين:

إذا صلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه متوضئ، أو صلى في ثوب وعنده أنه نجس فظهر أنه طاهر، فصلاته غير صحيحة، وعليه الإعادة باتفاق المذاهب الأربعة[٢].

وذلك للأدلة التالية:

١ - أن الصلاة عبادة والعبادة الخالية عن نية التقرب لا تصح، والظاهر أن المصلي لم يقصد القربة بدلالة اعتقاده بالفساد[٣].

٢ - أن العبرة في العبادة بما في نفس الأمر، وظن المكلف بالنسبة لسقوط القضاء، وظنه فقط بالنسبة للاتصاف بالصحة[٤].

٣ - القياس على استقبال القبلة، فإنه إذا أداه اجتهاده إلى جهة فصلى إلى غيرها، ثم تبين أنه صلى إلى الكعبة فصلاته باطلة[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢١٢)، ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/٩٦٥)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢١٢).

(٢) نص العلماء على حكم مسألة من صلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه متوضئ، وأما المسألة الثانية فقد نص عليها الحنفية، وأما عند المذاهب الثلاثة، فتأخذ حكم المسألة الأولى، لأن الطهارة وإزالة النجاسة كل منهما من شروط الصلاة.

انظر: شرح فتح القدير (١/١٧١)، حاشية ابن عابدين (٢/١١٩)، مواهب الجليل (٢/١٩٦)، نهاية المحتاج (٣/٤٠٥)، حاشية الشرواني (٤/٢٤٩)، المغني (١/٣٧١)، الشرح الكبير لابن قدامة (١/٤٠٤).

(٣) انظر: ترتيب اللآلي لناظر زاده (٢/٩٦٦).

(٤) انظر: نهاية المحتاج (٣/٤٠٥).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٢/١٩٦).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولهما تحت القاعدة:

إذا صلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه متوضئ، أو صلى وعنده أن ثوبه عليه نجاسة فظهر أنه طاهر، فإن صلاته لا تصح وعليه إعادة الصلاة، وكان بمقتضى قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، أن الصلاة صحيحة باعتبار الواقع، ولا اعتبار لما ظنه المكلف، لكنها استثنيت من القاعدة باعتبار ما ظنه المكلف[١].

قال في نهاية المحتاج: «وأما العبادات فالعبرة فيها بما في نفس الأمر وظن المكلف بالنسبة لسقوط القضاء، وبظنه فقط بالنسبة للاتصاف بالصحة»[٢].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم[٣]، وناظرزاده[٤]، من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه".

والسبب في ذلك تأثير النية في العبادة لحديث: (إنما الأعمال بالنيات)[٥]، قال ناظرزاده: «وخرج عن الأصل الذي ذكرنا في صدد الكلام مسائل:.... ومنها: صلى في ثوب وعنده أنه نجس، ثم ظهر أنه طاهر: أعاد.

وكذا: لو صلى وعنده أنه محدث فظهر أنه متوضئ.

والجواب: أن الصلاة عبادة، والعبادة الخالية عن نية القرب لا تصح، والظاهر أن المصلي فيها لم يقصد القربة، بدلالة اعتقاده بالفساد، فصلاته فاسدة، وتجب الإعادة»[٦].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٦).

(٢) نهاية المحتاج (٣/٤٠٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٦).

(٤) انظر: ترتيب اللآلي (٢/٩٦٥).

(٥) تقدم تخريجه ص (٦٠).

(٦) ترتيب اللآلي (٢/٩٦٥، ٩٦٦).

المسألة الرابعة: إذا صلى الفرض يظن الوقت لم يدخل ثم تبين أنه دخل[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا صلى الفرض يظن الوقت لم يدخل ثم تبين أنه فعلها في الوقت، فهل صلاته صحيحة أو يلزمه الإعادة؟

اتفق الأئمة الأربعة على أن الصلاة لا تجزئ وعليه أن يعيد الصلاة، لأنه لابد من اليقين أو غلبة الظن بدخول الوقت، وقياساً على من تحرى القبلة وصلى إلى غير جهة التحري، فإنه لما حكم بفساد صلاته بناء على دليل شرعي وهو تحريه فلا ينقلب جائزاً إذا ظهر خلافه[٢].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل، فظهر أنه كان قد دخل لم تجزئ ولزم الإعادة، وكان بمقتضى قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، أن صلاته صحيحة اعتباراً لما في نفس الأمر والواقع، إلا أن العلماء قالوا بعدم صحة الصلاة اعتباراً لما ظنه المكلف، وبهذا فالمسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم[٣]، وناظرزاده[٤]، من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه".

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٦)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٢/٩٦٦)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢١٢).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (١/٢٧١)، حاشية ابن عابدين (٢/١١٩)، حاشية الدسوقي (١/١٦٧)، التاج والإكليل (٢/١٩٦)، روضة الطالبين (١/٢٩٧)، مغني المحتاج (١/١٨٤)، كشاف القناع (١/٢٥٧)، شرح منتهى الإرادات (١/٢٨٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٦).

(٤) انظر: ترتيب اللآلي (٢/٩٦٦).

وأبان ناظرزاده السبب في ذلك فقال: «وكذا: لو صلى الفرض، وعنده أن الوقت لم يدخل، فظهر أنه كان قد دخل، لم يجزه فيها.

والجواب: أن الصلاة عبادة والعبادة الخالية عن نية القرب لا تصح، والظـــاهر أن المصلي فيها لم يقصد القربة، بدلالة اعتقاده بالفساد، فصلاته فاسدة، وتجب الإعادة»[١].

فالنية لها تأثير في العبادة لحديث: (إنما الأعمال بالنيات)[٢].

* * *

(١) ترتيب اللآلي (٢/٩٦٦).

(٢) تقدم تخريجه ص (٦٠).

المسألة الخامسة: إذا صلى خلف من يظنه متطهراً، فبان حدثه[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا اقتدى المأموم بإمام ثم علم بعد الصلاة أن إمامه صلى بغير طهارة، فهل تصح صلاة المأموم؟

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أن صلاة الإمام باطلة وتجب عليه إعادة الصلاة[٢].

واتفقوا على أن المأموم إذا صلى خلف الإمام وهو يعلم حدثه فصلاته باطلة[٣].

قال النووي: «فإن صلى خلف المحدث بجنابة أو بول والمأموم عالم بحدث الإمام، أثم بذلك، وصلاته باطلة بالإجماع»[٤].

أما إذا كان المأموم جاهلاً بحدث الإمام ولم يعلم إلا بعد الصلاة، فإن الأئمة الأربعة اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن صلاة المأموم صحيحة، وهذا قول المالكية[٥]، والشافعية[٦].

القول الثاني: أن صلاة المأموم باطلة وتلزمه الإعادة، وهذا قول الحنفية[٧]، ورواية عند الحنابلة[٨].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٩٤/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٠/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٢٨/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٩)، القواعد الفقهية لعزام (٣٣٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١٨٢/١).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٣٧٣/١)، تبيين الحقائق (١٤٤/١)، مواهب الجليل (٤١٧/٢)، حاشية الدسوقي (٣٠٢/١)، المجموع (١٣٧/٤)، مغني المحتاج (٢٤١/١)، الشرح الكبير لابن قدامة (٣٩١/٤)، كشاف القناع (٤٨٠/١).

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) المجموع (١٣٧/٤).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٤١٧/٢)، حاشية الدسوقي (٣٠٢/١).

(٦) انظر: المجموع (١٣٧/٤)، مغني المحتاج (٢٤١/١).

(٧) انظر: شرح فتح القدير (٣٧٣/١)، تبيين الحقائق (١٤٤/١).

(٨) انظر: الإنصاف (٣٩٢/٤).

القول الثالث: القول بالتفصيل: إذا جهل المأموم الحدث وعلمه الإمام يعيدون كلهم، أما إذا جهله الإمام والمأمومون كلهم حتى قضوا الصلاة صحت صلاة المأموم وحده، وهذا هو المذهب عند الحنابلة[1].

أدلة القول الأول:

١ – إجماع الصحابة ﷺ، فقد روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه صلى بالناس الصبح ثم غدا إلى أرضه بالجُرْفِ[2]، فوجد في ثوبه احتلاماً فاغتسل وأعاد الصلاة و لم يعد الناس[3].

وقال علي بن أبي طالب ﷺ: (إذا صلى الجنب بالقوم فأتم بهم الصلاة، آمره أن يغتسل ويعيد ولا آمرهم أن يعيدوا)[4].

و لم ينقل خلافه، فكان إجماعاً[5].

٢ – أن الحدث مما يخفى، ولا سبيل للمأموم إلى معرفته من الإمام، فكان معذوراً في الاقتداء[6].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث سعيد بن المسيب (أن النبي ﷺ صلى بأصحابه مرة وهو جنب فأعاد بهم)[7].

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٣٩١/٤)، كشاف القناع (٤٨٠/١).

(٢) الجرف: اسم موضع قريب من المدينة يبعد ثلاثة أميال، ووصله العمران، فهو من أحياء المدينة حالياً، وأصله ما تجرفه السيول من الأودية.

انظر: النهاية في غريب الحديث (٢٦٢/١)، معجم معالم الحجاز (١٤١/٢).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطهارة، باب غسل الجنب إذا صلى و لم يغتسل، رقم (١٣٥).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الصلوات، باب الرجل يصلي بالقوم وهو على غير وضوء، رقم (٤٦٠٧).

(٥) انظر: المغني (٥٠٥/٢).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٢٤١/١).

(٧) أخرجه الدارقطني في كتاب الصلاة، باب صلاة الإمام جنب أو محدث، رقم (١٣٦٩)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلاة، باب إمامة الجنب (٤٠٠/٢)، وابن أبي شيبة في كتاب الصلوات، باب الرجل يصلي بالقوم وهو على غير وضوء، رقم (٤٦٠٠)، قال الدارقطني: «مرسل، وأبو جابر البياضي، متروك=

٢ – أن صلاة المأموم مبنية على صلاة الإمام، والبناء على الفاسد فاسد، كما إذا بان أن الإمام كافر أو مجنون(١).

أدلة القول الثالث:

استدلوا على أن المأمومين إذا لم يعلموا بالحدث أن صلاتهم صحيحة بأدلة القول الأول(٢).

واستدلوا على أن المأموم إذا جهل الحدث والإمام يعلم يعيدون بأن المأموم اقتدى بمن لا تصح صلاته لنفسه فلم تصح صلاته(٣).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول من أن صلاة المأمومين صحيحة بكل حال حتى وإن كان الإمام عالماً، لقوة أدلة هذا القول، ولأن من فعل شيئاً على وجه صحيح بمقتضى الدليل الشرعي، فإنه لا يمكن إبطاله إلا بدليل شرعي(٤)، والمأمومون فعلوا ما أمروا به وهو الاقتداء بهذا الإمام، وما لم يكلفوا به فإنه لا يلزمهم حكمه.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا صلى المأموم خلف من يظنه متطهراً فبان حدثه، صحت صلاته على قول الجمهور(٥)، وكان بمقتضى قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، أن تبطل لأنها بنيت على ظن تبين خطؤه، وإلى هذا ذهب الحنفية(٦).

=الحديث»، وقال البيهقي: «وهذا مرسل وأبو جابر البياضي متروك الحديث».

(١) انظر: تبيين الحقائق (١/١٤٤).

(٢) انظر: المغني (٢/٥٠٥)، كشاف القناع (١/٤٨٠).

(٣) انظر: مطالب أولي النهي (١/٦٥٧).

(٤) انظر: الشرح الممتع لابن عثيمين (٤/٣٤٠).

(٥) انظر: ص (٦٧٩).

(٦) انظر: ص (٦٧٩).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[(١)]، والسيوطي[(٢)]، من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، ولم يذكرا سبب الاستثناء، والذي يظهر أن سبب الاستثناء الأمور التالية:

١ – إجماع الصحابة رضي الله عنهم، قال ابن قدامة بعد أن أورد فعل عمر رضي الله عنه، وقول علي بن أبي طالب في عدم الإعادة على المأمومين[(٣)]: «فلم ينقل خلافه فكان إجماعاً»[(٤)].

٢ – أن المأمومين ليسوا مكلفين بأن يبحثوا عن طهارة الإمام، لأنه أمر فيه مشقة بالغة، والله تعالى يقول: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[(٥)]، فالحدث مما يخفى ولا يطلع عليه أحد غالباً، لأنه أمر اعتباري لا يدرك بالحواس، كما أنه ليس له أمارات تدل عليه[(٦)].

* * *

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٩٤).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٤٠).

(٣) تقدم تخريجهما ص (٦٨٠).

(٤) المغني (٢/٥٠٥).

(٥) سورة الحج، آية (٧٨).

(٦) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٣٧).

المسألة السادسة: إذا أعطى زكاة ماله من ظنه مصرفاً لها، ثم تبين أنه غني أو أنه ابنه، أجزأه[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين العلماء في أنه لا يجوز صرف الزكاة إلا لمن يعلم أو يظن أنه من الأصناف الثمانية الذين سماهم الله في كتابه، وأن من صرفها إلى أحد هذه الأصناف فقد أدى فرضه، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أنه إن فرض صدقته في الأصناف التي ذكرها الله في سورة براءة في قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ﴾[(٢)]، الآية، أنه مؤد كما فرض عليه»[(٣)].

واختلفوا فيما إذا دفع الزكاة لمن ظنه من أهلها فبان خطؤه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن ذلك يجزئه عن الفرض، وهذا مذهب أبي حنيفة ومحمد ابن الحسن[(٤)]، وقول عند الشافعية[(٥)]، ورواية عن الإمام أحمد هي المذهب[(٦)].

القول الثاني: لا يجزئه ويلزم رب المال الإخراج مرة أخرى، وهذا مذهب أبي يوسف من الحنفية[(٧)]، وقول المالكية[(٨)]، والمذهب عند الشافعية[(٩)]، ورواية عند الحنابلة[(١٠)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٥)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (٢/٩٦٥)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢١٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/١٨٣).

(٢) سورة التوبة، آية (٦٠).

(٣) الإجماع (١٤).

(٤) انظر: المبسوط (٣/١٢)، شرح فتح القدير (٢/٢٧٥).

(٥) انظر: المجموع (٦/١٨٠)، روضة الطالبين (٢/١٩٩).

(٦) انظر: المغني (٤/١٢٦)، الإنصاف (٧/٣١١).

(٧) انظر: المبسوط (٣/١٢)، شرح فتح القدير (٢/٢٧٥).

(٨) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (١/٣٢٨)، حاشية الدسوقي (١/٤٦٠).

(٩) انظر: المجموع (٦/١٨٠)، روضة الطالبين (٢/١٩٩).

(١٠) انظر: المغني (٤/١٢٦)، الإنصاف (٧/٣١١).

القول الثالث: إن كان المخرج صاحبها لا تجزئ، وإن كان الإمام أو من يقوم مقامه فتجزئ، وهذا قول عند المالكية[١]، وقول عند الشافعية[٢].

أدلة القول الأول:

١ – حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (قال رجل: لأتصدقن الليلة بصدقة، فخرج بصدقته فوضعها في يد غني، فأصبحوا يتحدثون: تصدق على غني، فأُتي فقيل له: أما صدقتك فقد قبلت، وأما الغني فلعله يعتبر فينفق مما أعطاه الله)[٣].

وجه الاستدلال: أن من أعطى زكاته لشخص ظنه فقيراً فبان غنياً، أنها تسقط عنه، ولا تجب عليه الإعادة، إذ لو كانت واجبة لبينها ﷺ، لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

٢ – أن الواجب على المزكي صرف الزكاة إلى من هو فقير عنده، فيجوز كما إذا صلى الإنسان إلى جهة بالتحري ثم ظهر الأمر بخلافه[٤].

٣ – أن الوقوف على الفقر والغنى إنما يكون بالاجتهاد، لأنه مما يخفى ويعسر الاطلاع عليه والمعرفة بحقيقته، والتكليف إنما يثبت بحسب الوسع، فإذا وقع في ظنه أنه فقير صح الأداء، لئلا يلزم التكليف بما لا يطاق[٥].

أدلة القول الثاني:

١ – أن المزكي مجتهد قد ظهر خطؤه بيقين، فبطل اجتهاده، لأن المصرف في الصدقات الفقراء دون الأغنياء، فيكون بذلك قد دفع الواجب إلى

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٣٢٨/١)، مواهب الجليل (٢٤٨/٣).

(٢) انظر: المجموع (١٨٠/٦)، روضة الطالبين (١٩٩/٢).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب إذا تصدق على غني وهو لا يعلم، رقم (١٤٢١)، ومسلم في كتاب الزكاة، باب ثبوت أجر المتصدق وإن دفعت الصدقة في غير أهلها، رقم (١٠٢٢).

(٤) انظر: المبسوط (١٣/٣).

(٥) انظر: المرجع السابق.

غير مستحقه، فلم يخرج عن عهدته، كمن توضأ بالماء ثم تبين أنه نجس[١].

٢ – أنه إذا أعطى في كفارات الأيمان غنياً لم يجزئه، وعليه الإعادة، فكذلك هنا[٢].

أدلة القول الثالث:

١ – أن اجتهاد الإمام لا يتعقب فإذا دفعها تجزئ عن المزكي[٣].

٢ – أن الإمام أمين غير مفرط، كالمال الذي تلف في يد الوكيل[٤].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لحديث أبي هريرة ﷺ[٥] فإنه صريح في دلالته على ما ذهبوا إليه، إذ لو كان إخراج الزكاة غير مجزئ في مثل هذه الحالة لأمر النبي ﷺ بإخراجها مرة أخرى، وليس هناك دليل على إلزام المزكي بإخراج الزكاة مرة أخرى من كتاب ولا سنة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

لو أن إنساناً رأى شخصاً فظن أنه فقير، فأعطاه من الزكاة، ثم تبين أنه غني وليس من أهل الزكاة، فإنه بمقتضى قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، أن ذلك لا يجزئ، ولذا ذكر الزركشي والسيوطي هذه المسألة من فروع القاعدة[٦].

وأما على القول بالإجزاء فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

---

(١) انظر: المبسوط (١٣/٣).

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٣٢٨/١).

(٣) انظر: شرح الزرقاني (٣٧٨/١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٩٩/٢).

(٥) تقدم تخريجه ص (٦٨٤).

(٦) انظر: المنثور في القواعد (٩٤/٢)، الأشباه والنظائر (٣٣٩/١).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم[١]، وناظرزاده[٢]، من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه".

وسبب الاستثناء: القياس، فإنها تقاس على مسألة من اجتهد في القبلة، فظن أن جهة ما هي القبلة، فاتجه إليها ثم تبين أنه مخطئ في القبلة، فإن الصلاة تجزئه وظنه معتبر[٣].

وقد ترجح إلحاق هذه المسألة المستثناة بمسألة القبلة، بجامع أن كلاً منهما محل للاجتهاد، والوصول للقطع متعذر أو متعسر[٤].

قال ناظرزاده: «وخرج عن هذا الأصل الذي ذكرنا في صدد الكلام مسائل:.... ومنها، لو ظنه مصرفاً للزكاة فدفع، ثم تبين أنه غني أو هاشمي، فلا إعادة عندهما[٥] أيضاً، والجواب: أن الوقوف على هذه الأشياء بالاجتهاد دون القطع، فيُبنى الأمر فيها على ما يقع عنده، كما إذا اشتبهت عليه القبلة»[٦].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٥).

(٢) انظر: ترتيب اللآلي (٩٦٥/٢).

(٣) انظر: المبسوط (١٣/٣).

(٤) انظر: الاستثناء في القواعد الفقهية أسبابه وآثاره للشعلان (٦٦).

(٥) أي عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن، انظر: المبسوط (١٣/٣).

(٦) ترتيب اللآلي (٩٦٥/٢).

المسألة السابعة: إذا خاطب امرأته بالطلاق وهو يظنها أجنبية نفذ طلاقه[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا خاطب الزوج امرأته بالطلاق وهو يظنها أجنبية، فهل يقع الطلاق؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الطلاق يقع، وهذا قول الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الطلاق لا يقع، وهذا القول رواية عند الحنابلة[٦].

أدلة القول الأول:

١ – أن الزوج أوقع الطلاق في محله، وظن غير الواقع لا يدفعه[٧].

٢ – أن الزوج واجه امرأته بصريح الطلاق، فوقع كما لو علم أنها زوجته، إذ لا أثر لظنها أجنبية، لأنه لا يزيد على عدم إرادة الطلاق[٨].

دليل القول الثاني:

١ – أن الزوج لم يرد بهذا اللفظ الطلاق، كسبق اللسان إلى ما لم يرده[٩].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٢/٩٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٠)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣٣٠)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٥٩)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢١٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣٣٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/١٨٢).

(٢) انظر: عمدة القارئ (١/٣٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٦).

(٣) انظر: إرشاد السالك إلى أشرف المسالك (٩٨).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٦/٥١)، مغني المحتاج (٣/٢٨٨).

(٥) انظر: الإنصاف (٢٣/٧٤)، كشاف القناع (٥/٣٩٢).

(٦) انظر: المغني (١٠/٣٧٧)، كشاف القناع (٥/٣٩٢).

(٧) انظر: عمدة القارئ (١/٣٢)، مغني المحتاج (٣/٢٨٨).

(٨) انظر: كشاف القناع (٥/٣٩٢).

(٩) انظر: المغني (١٠/٣٧٧).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن الزوج نطق بالطلاق وهو يعلم معناه، ولا يشترط قصد إيقاع الطلاق على الزوجة كطلاق الهازل.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا خاطب امرأته بالطلاق وهو يظنها أجنبية نفذ طلاقه اعتباراً بالواقع، لأنه صادف محله، والعبرة في العقود بما في الواقع ونفس الأمر[١]. وعليه تكون المسألة من فروع القاعدة، لأننا ألغينا الظن واعتبرنا الواقع[٢].

وأما على القول بعدم نفاذ الطلاق بناء على أن ظنه معتبر، فالاستثناء ظاهر[٣]، وقد ذكر ابن رجب هذه المسألة تحت قاعدة: "من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه"، فقال: «يندرج تحتها صور: منها: لو طلق امرأة يظنها أجنبية، فتبينت زوجته؛ ففي وقوع الطلاق روايتان»[٤].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[٥]، والسيوطي[٦]، من قاعدة: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، بناء على قول الشافعية بوقوع الطلاق.

وعد هذه المسألة من المستثنيات محل نظر، قال الفاداني: «والاستثناء غير ظاهر، لأنه خاطب محل الوقوع»[٧]، فالاعتبار هنا بالواقع ونفس الأمر لا بما يظنه المكلف، فالمسألة مستثناة في الصورة، وهي في الحقيقة مندرجة تحت القاعدة.

---

(١) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٣٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٦).

(٣) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٣٣٠).

(٤) قواعد ابن رجب (١/٥٢٢).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (٢/٩٤).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٤٠).

(٧) الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية (٢/٣٣٠).

الفصل الرابع والعشرون

المستثنيات من قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه"

وفيه تمهيد ومبحث واحد.

- التمهيد في معنى القاعدة وتطبيقاها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه".

* * *

قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه"[(١)]

التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الإنكار في اللغة: الجحود وخلاف الاعتراف.

والمنكر خلاف المعروف، وكل ما قبحه الشرع وحرمه وكرهه فهو منكر[(٢)].

وفي الاصطلاح: "فيرد استعمال الإنكار بمعنى: الجحد، وبمعنى: تغيير المنكر"[(٣)].

الإجماع في اللغة: العزم والاتفاق[(٤)].

وفي الاصطلاح: "اتفاق علماء العصر من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على أمر ديني"[(٥)].

وأما الخلاف فتقدم تعريفه في قاعدة: "الخروج من الخلاف مستحب"[(٦)].

المعنى الإجمالي:

أن المختلف فيه حكمه بين الفقهاء لا ينكر، ولا يجوز الاعتراض عليه، وإنما ينكر المجمع على حكمه بين الفقهاء، فإذا أجمع العلماء على أمر ثم خالف فيه أحد فإنه ينكر عليه[(٧)].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٣٥١/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤١/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٣٢/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٣٣٢/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦١)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١٠٢/٨)، القواعد الفقهية لعزام (٣٣٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٥٧/٢).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٤٧٦/٥)، لسان العرب (٢٣٣/٥).

(٣) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٣٢٢/١).

(٤) انظر: لسان العرب (٤٠٩/٩)، تاج العروس (٣٠٧/٥).

(٥) مذكرة أصول الفقه للشنقيطي (١٧٩).

(٦) انظر: ص (٣٩٨).

(٧) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٣٨).

٢ – الاعتراض على هذه القاعدة:

صرح بعض العلماء أن العبرة في الإنكار النص، لا بمذاهب الناس، فكل من خالف النص ينكر عليه سواء أكان هناك خلاف بين العلماء في تلك المسألة أم لم يكن.

قال النووي: «ولا ينكر محتسب ولا غيره على غيره، وكذلك قالوا: ليس للمفتي ولا للقاضي أن يعترض على من خالفه إذا لم يخالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً والله أعلم»[١].

وقال ابن القيم: «وقولهم: إن مسائل الخلاف لا إنكار فيها، ليس بصحيح؛ فإن الإنكار إما أن يتوجه إلى القول والفتوى أو العمل.

أما الأول فإذا كان القول يخالف سنة أو إجماعاً شائعاً وجب إنكاره اتفاقاً، وإن لم يكن كذلك فإن بيان ضعفه ومخالفته للدليل إنكار مثله، وأما العمل فإذا كان على خلاف سنة أو إجماع وجب إنكاره بحسب درجات الإنكار. وكيف يقول فقيه: لا إنكار في المسائل المختلف فيها والفقهاء من سائر الطوائف قد صرحوا بنقض حكم الحاكم إذا خالف كتاباً أو سنة، وإن كان قد وافق فيه بعض العلماء. وأما إذا لم يكن في المسائل سنة أو إجماع وللاجتهاد فيها مساغ لم تنكر على من عمل بها مجتهداً أو مقلداً»[٢].

الحاصل: أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل هي مقيدة فالاعتراض وارد على إطلاقها لا على ذاتها.

٣ – تطبيقات القاعدة[٣]:

١ – إذا حكم حاكم بأن الخلع فسخ فلا ينكر عليه؛ لأن كون الخلع فسخاً أو طلاقاً مسألة وقع فيها الخلاف.

---

(١) شرح مسلم (٢٤/٢).

(٢) إعلام الموقعين (٢٨٨/٣).

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١٠٢/٨).

٢ – إذا أفتى مفتٍ بأن لمس المرأة لا ينقض الوضوء اعتبرت فتـــواه، ولا يعتـــرض عليها باجتهاد من رأى أن لمس المرأة ناقض لوجود الخلاف في المسألة.

٣ – إذا أفتى مفتٍ بأن من جامع في نهار رمضان يجب عليه الصيام شهرين متتابعين فقط، فهذا يعترض عليه، لأن الإجماع قائم على أن المجامع في نهار رمضان، إما أن يعتق رقبة، فإن لم يجد فليصم وإن لم يجد فليطعم.

* * *

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه"

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إذا كان دليل المذهب ضعيفاً، بحيث ينقض.

المسألة الثانية: أن يترافع فيه لحاكم، فيحكم بعقيدته.

المسألة الثالثة: إذا كان للمنكر حق في الأمر فله أن ينكر في مسائل الخلاف.

* * *

المسألة الأولى: إذا كان دليل المذهب ضعيفاً، بحيث ينقض[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة:

أجمع العلماء على أنه يجب الإنكار على من خالف نصاً أو إجماعاً، قال ابن القيم: «فإذا كان القول يخالف سنة أو إجماعاً شائعاً وجب إنكاره اتفاقاً»[(٢)].

لذا فإن العلماء قالوا بنقض الاجتهاد إذا كان مخالفاً لدليل قاطع من نص أو إجماع[(٣)].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا كانت المسألة خلافية ودليل المذهب المخالف بعيد المأخذ بأن تكون دلالة الدليل عليه دلالة بعيدة، أو يكون المذهب مخالفاً لنص أو إجماع فإنه ينكر عليه، وكان بمقتضى قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه"، أن لا ينكر باعتبار أن المسألة خلافية، إلا أنها استثنيت من القاعدة لضعف الدليل.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[(٤)]، والسيوطي[(٥)]، من قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه".

قال الزركشي: «ولم يزل الخلاف بين السلف في الفروع، ولا ينكر أحد على غيره مجتهداً فيه، وإنما ينكرون ما خالف نصاً أو إجماعاً»[(٦)].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٣٥١/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٢/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٣٥/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٣٣٥/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣٤٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٥٨/٢).

(٢) إعلام الموقعين (٢٨٨/٣).

(٣) انظر: المحصول للرازي (٦٥/٦)، المغني (٣٤/١٤)، الإحكام للآمدي (٢٠٣/٤)، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (٤٣٩/٢).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (٣٥١/١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٣٤٢/١).

(٦) المنثور في القواعد (٣٥١/١، ٣٥٢).

وسبب الاستثناء: الإجماع على ذلك:

قال ابن القيم: «فإذا كان القول يخالف سنة أو إجماعاً شائعاً وجب إنكاره اتفاقاً»[1].

* * *

---

(١) إعلام الموقعين (٢٨٨/٣).

المسألة الثانية: أن يترافع فيه لحاكم، فيحكم بعقيدته، إذ لا يجوز للحاكم أن يحكم بخلاف معتقده[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

الحنفية يجيزون شرب القليل من النبيذ الذي لا يوصل إلى حد الإسكار[٢]، فإذا رفع حنفي إلى قاضٍ شافعي أو غيره فهل يقام على الحنفي الحد – وإن كان يجوز في مذهبه – أو يحكم القاضي بمذهبه ولا يجوز له أن يحكم بخلافه؟

قبل بيان هذه المسألة أبين مسألة: هل يجوز للحاكم أن يحكم بغير مذهب إمامه؟

الحكم يختلف باختلاف مرتبة القاضي فإما أن يكون مجتهداً أو مقلداً.

الحالة الأولى: أن يكون القاضي مجتهداً.

إذا كان القاضي مجتهداً فإنه يحكم باجتهاده، ولا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة[٣]؛ لقوله تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾[٤]، ولأنه إذا أداه اجتهاده إلى حكم لم يجز تقليد غيره إجماعاً[٥].

الحالة الثانية: أن يكون القاضي مقلداً.

إذا كان القاضي مقلداً، فهل يلزمه تقليد إمامه، ولا يجوز له الخروج عن مذهبه؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٣٥٢/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٢/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٣٥/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٣٣٥/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (٢٦٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٥٨/٢).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٣٠٥/٥)، حاشية ابن عابدين (٦٩/٦).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٣٠٤/٧)، البحر الرائق (١٨٤/٤)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي (٧٩)، حاشية الدسوقي (١١٦/٤)، نهاية المحتاج (٢٤٠/٨)، حاشية قليوبي (٢٩٨/٤)، الفروع (١٠٦/١١)، الإنصاف (٣١١/٢٨).

(٤) سورة النساء، الآية (١٠٥).

(٥) انظر: شرح فتح القدير (٣٠٦/٧)، الإنصاف (٣١١/٢٨).

القول الأول: إذا كان القاضي مقلداً فإنه يجوز له تقليد مذهب إمامه، لكن لا يلزمه ذلك، وهذا قول بعض الحنفية[١]، وقول المالكية[٢].

القول الثاني: يلزم القاضي تقليد إمامه ولا يجوز الحكم بخلافه، وهذا قول الحنفية[٣]، وقول عند المالكية[٤]، وقول الشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

دليل القول الأول:

١ – أن مُقَلد القاضي ليس رسولاً أرسل إليه، وإنما الواجب على القاضي إتباع الحق متى ظهر له[٧].

دليل القول الثاني:

١ – أن المقلد ليس من أهل الترجيح، فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصد غير جميل، ولو حكم لا ينفذ، لأن قضاءه قضاء بغير حق[٨].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، فلا يصح أن يلزم من تولى الفصل في الخصومات أن يحكم بغير ما ترجح عنده، باجتهاد أو عن ثقة بمن قلده من المجتهدين، وإن كان مذهبه مخالفاً.

فمن عرف الحق حسب اجتهاده واقتنع به، أو اقتنع به واعتقده ثقة لمقلده، ثم حكم بغير ما ظهر له أنه الحق فقد جار وأثم.

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٣٠٦/٧)، حاشية ابن عابدين (٩٨/٨).

(٢) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي (٧٩)، حاشية الدسوقي (١١٦/٤).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٣٠٦/٧)، حاشية ابن عابدين (٩٧/٨).

(٤) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (١١٦/٤).

(٥) انظر: نهاية المحتاج (٢٤٠/٨)، حاشية قليوبي (٢٩٨/٤).

(٦) انظر: الفروع (١٠٦/١١)، الإنصاف (٣٠٤/٢٨).

(٧) انظر: شرح فتح القدير (٣٠٦/٧)، حاشية الدسوقي (١١٦/٤).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين (٩٨/٨)، نهاية المحتاج (٢٤٠/٨)، الإنصاف (٣٠٤/٢٨).

أما مسألة: شرب النبيذ فهل يحد شاربه إذا رفع أمره إلى قاضٍ غير حنفي؟

حد الشرب عند الحنفية إنما يتعلق في غير الخمر من الأنبذة بالسكر، وفي الخمر بشرب قطرة واحدة، وعند الأئمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحد به[1].

واتفقت المذاهب الثلاثة على أنه يقام على الحنفي الحد بشرب النبيذ، إذا رفع أمره إلى قاض غير حنفي، وإن كان في مذهبه يجوز الشرب؛ لضعف مدرك الحنفية في حله، ولأنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بخلاف مذهبه إذا كان مقلداً[2].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا شرب حنفي النبيذ فرفع إلى حاكم شافعي، فإن الحاكم يحكم بمذهبه لا بمذهب المدعى عليه[3]، لأن الواجب على الحاكم المقلد أن يحكم بمذهبه ولا يخرج عنه عند الجمهور، فوجب الإنكار على الحنفي وإن كان في شرب النبيذ خلاف، وكان بمقتضى قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه"، أن لا ينكر على الحنفي الذي يرى إباحة شرب النبيذ، إلا أن المسألة استثنيت من القاعدة[4].

ودخول هذه المسألة تحت القاعدة فيه نظر؛ لأن الحاكم كغيره من المسلمين مأمور باتباع ما ثبت في الكتاب والسنة، فقد أمر الله نبيه ﷺ أن يحكم بالشريعة التي أنزلها عليه، قال تعالى: ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾[5]، وهذا أمر له ﷺ ولأمته، والحاكم واحد من أمته.

لذا يجب أن يقال: إن الحاكم يحكم في مسائل الخلاف التي تعرض عليه بما دل عليه نص أو نصوص صريحة ثابتة ولا يحيد عنها بسبب مذهبه أو مذهب غيره[6].

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٥/٣٠٥)، مواهب الجليل (٨/٤٣٣)، مغني المحتاج (٤/١٨٧)، المغني (١٢/٤٩٥).

(٢) انظر: منح الجليل (٤/٥٥٠)، بلغة السالك (٤/٢٦٦)، تحفة المحتاج (٤/١٢١)، مغني المحتاج (٤/١٤٥)، المغني (١٤/١٧٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٩/٣٤٨).

(٣) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٣٣٦).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٢).

(٥) سورة المائدة، الآية (٤٩).

(٦) انظر: حكم الإنكار في مسائل الخلاف لفضل إلهي (٤٩).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[(١)]، والسيوطي[(٢)]، من قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه".

قال السيوطي: «ويستثنى صور، ينكر فيها المختلف فيه.

الثانية: أن يترافع فيه لحاكم، فيحكم بعقيدته، ولهذا يحد الحنفي بشرب النبيذ، إذ لا يجوز للحاكم أن يحكم بخلاف معتقده»[(٣)].

وسبب الإنكار في هذه المسألة أن العبرة في الحدود بمذهب القاضي لا المتداعيين[(٤)].

قال الزركشي: «فلو شرب الحنفي النبيذ حددناه، وأي إنكار أعظم من الحد، قلنا لأن الحد إلى الإمام فاعتبر فيه عقيدته»[(٥)].

* * *

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٣٥٢/١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢٤٢/١).

(٣) الأشباه والنظائر (٣٤٢/١).

(٤) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٣٣٦/٢).

(٥) المنثور في القواعد (٣٥٢/١).

المسألة الثالثة: إذا كان للمنكر حق في الأمر فله أن ينكر في مسائل الخلاف[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

هذه المسألة ذكرها السيوطي وأورد لها مثالاً: وهو أنه إذا كانت الزوجة تعتقد إباحة شرب النبيذ فهل للزوج منعها[٢]؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن للزوج أن يمنع زوجته من شرب يسير النبيذ، وهذا قول المالكية[٣]، وقول عند الشافعية[٤]، ووجه عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: ليس للزوج أن يمنع امرأته عن يسير النبيذ إذا كانت تعتقد إباحته، وهذا قول عند الشافعية[٦]، وقول الحنابلة [٧].

أدلة القول الأول:

١ – أن دليل القول بإباحة شرب النبيذ ضعيف، وشرط الإنكار الإجماع على تحريمه أو ضعف مدرك القائل بحله[٨].

٢ – أن القدر اليسير لا ينضبط ويختلف باختلاف الأشخاص[٩].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٢/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٣٨/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٣٣٨/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣٤٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٥٨/٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٢/١).

(٣) انظر: منح الجليل (٧١٠/١٠).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٧٤/٥)، مغني المحتاج (٢٨٩/٣).

(٥) انظر: المغني (٢٢٣/١٠، ٢٢٤).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤٧٤/٥).

(٧) انظر: المغني (٢٢٣/١٠)، كشاف القناع (١٩٠/٥).

(٨) انظر: منح الجليل (٧١٠/١).

(٩) انظر: روضة الطالبين (٤٧٤/٥).

دليل القول الثاني:

١ – أن الزوجة تعتقد إباحته في مذهبها، فليس له منعها ما لم يسكر(١).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن ما أسكر كثيره فقليله حرام، وسداً للذريعة، لأن شرب القليل يدعو إلى شرب الكثير.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

الزوج له حق التأديب على الزوجة، فإذا كانت الزوجة مذهبها حنفي تعتقد إباحة النبيذ والزوج يعتقد عدم إباحته لكونه شافعياً فمن حق الزوج الإنكار على زوجته، لأن له حقاً في أن ينشئ أولاده على حب الفضيلة والبعد عن الرذيلة.

وكان بمقتضى قاعدة: "لا ينكر المختلف، وإنما ينكر المجمع عليه"، عدم الإنكار عليها، لكن العلماء قالوا: له حق الإنكار، وعليه تكون المسألة مستثناة من القاعدة(٢).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه"(٣).

والسبب هو ضعف مُدْرَك القائل بحل النبيذ(٤).

* * *

---

(١) انظر: كشاف القناع (١٩١/٥).

(٢) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٤٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٣٤٢/١).

(٤) انظر: منح الجليل (٧١٠/١).

الفصل الخامس والعشرون

المستثنيات من قاعدة: "يدخل القوي على الضعيف، ولا عكس"

وفيه تمهيد، ومبحث واحد.

- التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "يدخل القوي على الضعيف ولا عكس".

* * *

قاعدة: "يدخل القوي على الضعيف، ولا عكس"[(١)]

التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

الضعيف من الأدلة والأحكام لا يظهر أمام القوي منها ولا يقاويه، ولذلك فإن القوي لقوته يدخل على الضعيف، وأما الضعيف فلضعفه لا يمكن دخوله على القوي ولا ظهوره معه[(٢)].

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – يجوز إدخال الحج على العمرة قطعاً، لا عكسه على الأظهر[(٣)].

٢ – يجوز أن يقلب الفرض نفلاً، ولكن لا يجوز أن يقلب النفل إلى فرض، فمن دخل المسجد ليصلي فريضة منفرداً، ثم قامت جماعة في المسجد فيجوز لهذا المنفرد أن يسلم على رأس ركعتين، ويدخل مع الجماعة، فتكون الركعتان نافلة[(٤)].

* * *

(١) انظر: المنثور في القواعد (٤١٨/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٢/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٣٨/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٣٣٨/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٣)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٤٧/١٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٥٩/٢).

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٤٧/١٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٢/١).

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٤٧/١٢).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "يدخل القوي على الضعيف، ولا عكس"

وفيه مسألة واحدة.

وهي: إذا نوى صوم نفل ثم أراد في أثنائه نية الفرض، لم يصح.

* * *

مسألة: إذا نوى صوم نفل ثم أراد في أثنائه نية الفرض، لم يصح[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا نوى صوم نفل ثم أراد الانتقال إلى نية الفرض فهل يصح؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يصح نقل نية النفل إلى فرض، وهذا قول المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، بناء على قولهم باشتراط تبييت النية في صوم الفرض.

القول الثاني: يصح نقل نية صوم النفل إلى فرض، وهذا قول الحنفية[٥].

أدلة القول الأول:

١ – حديث حفصة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (من لم يبيت الصيام قبل الفجر فلا صيام له)[٦].

٢ – أن صوم القضاء والكفارات لابد له من تبييت النية، فكذا كل صوم فرض معين[٧].

أدلة القول الثاني:

١ – حديث الرُبَيِّع بنت مُعَوِّذ[٨] رضي الله عنها أن النبي ﷺ أرسل غداة عاشوراء إلى

---

(١) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٤٠/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٣٤٠/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٥٩/٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير (٤٧٧/١)، حاشية الخرشي (٢٧/٣).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢١٥/٢)، مغني المحتاج (٤٢٣/١).

(٤) انظر: المغني (٣٣٣/٤)، الإنصاف (٣٩٠/٧).

(٥) انظر: المبسوط (١٤٣/٣)، بدائع الصنائع (٨٤/٢).

(٦) أخرجه النسائي في كتاب الصيام، باب ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة في ذلك، رقم (٢٣٣١)، والدارمي في كتاب الصيام، باب من لم يجمع الصيام من الليل (٦/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصيام، باب ما عليه في كل ليلة من نية الصيام للغد (٢١٣/٤)، وصححه الألباني في صحيح سنن النسائي رقم (١٣٣١).

(٧) انظر: المغني (٣٣٤/٤).

(٨) الربيع بنت معوذ بن عفراء بن حرام بن جندب الأنصارية النجارية، تزوجها إياس بن البكير الليثي،=

قرى الأنصار التي حول المدينة: (من كان أصبح صائماً فليتم صومه، ومن أصبح مفطراً فليصم بقية يومه)[1].

وجه الاستدلال: أن صوم يوم عاشوراء كان واجباً و لم يشترط له النبي ﷺ تبييت النية.

٢ – أن صوم رمضان لا يشترط له أداء نية الفرضية، فإنه إذا نوى الأصل – الصوم – والوصف – التطوع – فالوقت قابل للأصل غير قابل للوصف، فبطلت نية الوصف وبقيت نية الأصل[2].

٣ – أن صوم التطوع لا يفتقر إلى تعيين نية التطوع، بل نية الصوم فيه كافية، فتلغو نية التعيين ويبقى أصل الصوم، فيصير صائماً بنية مطلقة فيقع عن الفرض[3].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، فلا يصح أن يقلب نيته من النفل إلى الفرض لاشتراط تبييت نية صيام الفرض من الليل؛ لحديث حفصة رضي الله عنها (من لم يبيت الصيام قبل الفجر فلا صيام له)[4].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا نوى صوم نفل ثم أراد في أثنائه نية الفرض لم يصح وكان بمقتضى قاعدة:

=كانت من المبايعات بيعة الرضوان، توفيت في خلافة عبد الملك بن مروان سنة بضع وسبعين.

انظر: سير أعلام النبلاء (٣/١٩٨)، الإصابة في تمييز الصحابة (٨/٧٩).

(١) أخرجه البخاري في كتاب الصيام، باب صوم الصبيان، رقم (١٩٦٠)، ومسلم في كتاب الصيام، باب من أكل من عاشوراء فليكف بقية اليوم، رقم (١١٣٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/٨٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٥٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/٨٤).

(٤) تقدم تخريجه، ص (٧٠٥).

"يدخل القوي على الضعيف، ولا عكس"، أن يصح قلب النية من نفل إلى فـــرض، وإلى هذا ذهب الحنفية، وأما على قول الجمهور بعدم صحة ذلك[١]، فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الجرهزي من قاعدة: "يدخل القـــوي علـــى الـــضعيف، ولا عكس"[٢].

والسبب هو اشتراط تبييت نية صيام الفرض من الليل لحديث حفصة رضي الله عنها: (من لم يبيت الصيام قبل الفجر فلا صيام له)[٣]، والأصل في النفي حمله على نفي الحقيقـــة لا الكمال إلا لدليل[٤].

* * *

(١) انظر: ص (٧٠٥).

(٢) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية (٢/٣٤٠).

(٣) تقدم تخريجه، ص (٧٠٥).

(٤) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٣٤٠).

الفصل السادس والعشرون

المستثنيات من قاعدة: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"

وفيه تمهيد، ومبحث واحد.

- التمهيد في معنى القاعدة وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد".

* * *

قاعدة: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"[(١)]

التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الوسائل في اللغة: جمع وسيلة، وهي ما يتوصل به إلى الشيء ويتقرب به إلى الغير[(٢)].

وفي الاصطلاح: له معنيان أحدهما عام والآخر خاص.

أما الوسائل بالمعنى العام فهي: "التي يتوصل بها إلى تحصيل المقصود"[(٣)].

وأما الوسائل في المعنى الخاص فهي: "الأفعال التي لا تقصد لذاتها، لعدم تضمنها المصلحة أو المفسدة، وعدم أدائها إليها مباشرة، ولكنها تقصد للتوصل بها إلى أفعال أخرى هي المتضمنة للمصلحة أو المفسدة، والمؤدية إليها"[(٤)].

المقاصد في الاصطلاح[(٥)]: له معنيان: أحدهما عام والآخر خاص.

أما المعنى العام فالمقاصد هي: "الغايات التي تقصد من وراء الأفعال"[(٦)].

وأما المعنى الخاص فهي: "المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها"[(٧)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٣/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٤١/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٣٤١/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٤)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤١٧/١٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٦٨٩/٢).

(٢) انظر: لسان العرب (٧٢٤/١١)، المصباح المنير (٦٦٠/٢).

(٣) تفسير القرآن العظيم (١٠٣/٣).

(٤) أصول الوسائل في الشريعة الإسلامية لمخدوم (٥٤).

(٥) تقدم بيان معنى المقاصد في اللغة ص (٦٢).

(٦) قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية لمخدوم (٣٤).

(٧) الفروق للقرافي (٦١/٢).

المعنى الإجمالي:

أن الشرع يتسامح في باب الوسائل فيجيز بعض الأفعال التي لا يتسامح بمثلها في باب المقاصد ولا يجيزها فيه. فباب الوسائل أوسع من باب المقاصد[١].

٢ - تطبيقات القاعدة:

١ - لم تختلف الأمة في إيجاب النية في الصلاة واختلفوا في إيجابها في الوضوء[٢].

٢ - عدم حرمة السفر ليلة الجمعة، لأن السفر ليلة الجمعة وسيلة لترك الجمعة، ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد[٣].

٣ - جزم العلماء بمنع توقيت الضمان، وجرى في الكفالة خلاف، وإن كان الأصح منع توقيتها، لأن الضمان التزام للمقصود وهو المال، والكفالة التزام للوسيلة، وهي إحضار المكفول، الذي هو وسيلة لأداء الحق[٤].

* * *

(١) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٦٨٧)، قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية لمخدوم (٢٨٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٣).

(٣) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٤).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٣).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: يحرم التثليث في الوضوء عند ضيق الوقت.

المسألة الثانية: يحرم أكل نحو ثوم بقصد إسقاط الجمعة.

* * *

المسألة الأولى: تحريم التثليث في الوضوء عند ضيق الوقت، مع جواز الاشتغال بالسنن في الصلاة إذا شرع فيها وقد بقي من الوقت ما يسعها فقط(١).

المقصد الأول: حكم المسألة:

أجمع العلماء على أن الواجب في الوضوء مرة والثلاث أفضل(٢).

قال النووي: «أجمع العلماء على أن الواجب مرة واحدة»(٣)؛ لحديث عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما قال: (توضأ النبي ﷺ مرة مرة)(٤).

وأما إذا ضاق الوقت بحيث لو اشتغل بالوضوء لخرج الوقت فإنه يحرم التثليث باتفاق المذاهب الأربعة(٥)؛ لأنه إذا تعارض المسنون والواجب وضاق الوقت عن المسنون يترك تقديماً لمصلحة الواجب(٦).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

الوضوء وسيلة إلى الصلاة، والتثليث من كمال الوضوء، ولم يغتفر عند ضيق وقت الفرض، بحيث لو ثلث لم يدرك الصلاة كاملة فيه، وإذا اقتصر على مرة فإن صلاته تقع

---

(١) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٤٤/٢)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٣٤٤/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٦٨٨/٢).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٢٠٩/١)، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (١٦٨/١)، المجموع (٤٢٩/١)، المغني (١٩٢/١).

(٣) المجموع (٤٢٩/١).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب الوضوء مرة مرة، رقم (١٥٧).

(٥) نص على ذلك الحنفية والشافعية، وأما المالكية والحنابلة فبناء على قولهم بوجوب ترك السنن إذا ضاق وقت الفرض.

انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٤)، مجمع الأنهر (١٤٣/١)، مواهب الجليل (٤١/٢)، حاشية الدسوقي (٢٢٣/١)، مغني المحتاج (٥٩/١)، إعانة الطالبين (٨٨/٢)، كشاف القناع (٣٧٢/١)، شرح منتهى الإرادات (٣٦٠/١).

(٦) انظر: المنثور في القواعد (٢١٠/١).

كلها فيه، مع جواز الاشتغال بالسنن في الصلاة إذا شرع فيها وقد بقي من الوقت ما يسعها فقط، وكان بمقتضى قاعدة: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد" أن يغتفر ترك تثليث غسل أعضاء الوضوء إلا أن المسألة استثنيت من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الجرهزي من قاعدة: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"[(١)].

وسبب الاستثناء: دخول هذه المسألة تحت أصل آخر وهو قاعدة: إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع، وقد ذكر السيوطي[(٢)] وابن نجيم[(٣)] هذه المسألة من فروع هذه القاعدة؛ وذلك لأن الوضوء مقتضٍ لفعل التثليث لأنه من سننه، وضيق الوقت مانع فيقدم المانع.

واعتبرها الزركشي من تعارض الواجب والمسنون فيقدم الواجب قال: «تعارض الواجب والمسنون وضاق الوقت عن المسنون يترك تقديماً لمصلحة الواجب كما إذا ضاق عن تكرار الأعضاء في الطهارة»[(٤)].

* * *

---

(١) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية (٢/٣٤٤).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٥٨).

(٣) الأشباه والنظائر (١٤٤).

(٤) المنثور في القواعد (١/٢١٠).

المسألة الثانية: تحريم أكل نحو ثوم بقصد إسقاط الجمعة[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأئمة الأربعة على أن من الأعذار التي تبيح التخلف عن الجمعة والجماعة أكل البصل والثوم ونحوهما[٢].

لحديث جابر بن عبد الله ﷺ أن النبي ﷺ قال: (من أكل من هذه البقلة الثوم – وقال مرة من أكل البصل والثوم والكراث – فلا يقربن مسجدنا، فإن الملائكة تتأذى مما يتأذى منه بنو آدم)[٣].

واختلفوا في حكم حضور من أكل ما له رائحة كريهة على قولين:

القول الأول: يحرم عليه الحضور، وهذا مذهب المالكية[٤]، وقول بعض الشافعية[٥]، ورواية عند الحنابلة[٦].

القول الثاني: يكره حضوره، وهذا قول الحنفية[٧]، وقول عند المالكية[٨]، وقول

---

(١) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣٤٤)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٢/٣٤٤)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٦٨٨).

(٢) انظر: شرح معاني الآثار (٤/٢٤٠)، حاشية ابن عابدين (٢/٤٣٥)، حاشية الخرشي (٢/٢٧٧)، حاشية الدسوقي (١/٣٥٩)، المجموع (٢/١٧٨)، مغني المحتاج (١/٢٣٦)، الفروع (٣/٦٣)، كشاف القناع (١/٤٩٧).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة، باب ما جاء في الثوم والبصل والكراث، رقم (٨٥٥)، ومسلم في كتاب المساجد، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً أو نحوها عن حضور المسجد، رقم (٥٦٤)، واللفظ لمسلم، وفي لفظ لمسلم: "مساجدنا" فليس الحكم خاصاً بالمسجد النبوي.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (١/٣٥٩)، منح الجليل (١/٢٧٢).

(٥) انظر: نهاية المحتاج (٢/١٦٠).

(٦) انظر: الفروع (٣/٦٣)، الإنصاف (٤/٤٧٣).

(٧) انظر: شرح معاني الآثار (٤/٢٤٠)، حاشية ابن عابدين (٢/٤٣٥).

(٨) انظر: حاشية الخرشي (٢/٢٧٧)، حاشية الدسوقي (١/٣٥٩).

الشافعية[١]، والصحيح من مذهب الحنابلة[٢].

أدلة القول الأول:

١ – حديث جابر بن عبد الله ﷺ أن النبي ﷺ قال: (من أكل من هذه البقلة الثوم فلا يقربن مسجدنا فإن الملائكة تتأذى مما يتأذى منه بنو آدم)[٣].

٢ – حديث عمر ﷺ أنه قال: (ثم إنكم أيها الناس تأكلون شجرتين لا أراهما إلا خبيثتين هذا البصل والثوم، لقد رأيت رسول الله ﷺ إذا وجد ريحهما من الرجل في المسجد أمر به فأخرج إلى البقيع)[٤].

وجه الاستدلال: في الحديثين نهي من أكل ثوماً ونحوه من دخول المسجد والأصل في النهي التحريم.

أدلة القول الثاني:

استدلوا بما استدل به الفريق الأول إلا أن النهي في الحديثين حملوه على الكراهة والصارف عن التحريم أن النبي ﷺ ترك المغيرة ﷺ في المسجد وقد أكل ثوماً ولم يخرجه وقال: (إن لك عذراً)[٥]، فاحتجوا به على أنه لا يحرم، وظاهره أنه لا يُخرج من المسجد[٦].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لقوة أدلته وهي محمولة على التحريم، ويؤيد

---

(١) انظر: المجموع (٢/١٧٨)، مغني المحتاج (١/٢٣٦).

(٢) انظر: الفروع (٣/٦٣)، كشاف القناع (١/٤٩٧).

(٣) تقدم تخريجه ص (٧١٤).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب المساجد، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً من حضور المسجد، رقم (٥٦٧).

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب الأطعمة، باب في أكل الثوم رقم (٣٨٢٦)، والإمام أحمد في مسنده رقم (١٨٢٠٥)، وابن خزيمة في كتاب الصلاة، باب الرخصة في أكل الثوم عند الضرورة والحاجة إليه رقم (١٦٧٢)، وابن حبان في كتاب الصلاة، باب فرض الجماعة والأعذار التي تبيح تركها رقم (٢٠٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلاة، باب الدليل على أن أكل ذلك غير حرام (٣/٧٧)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود رقم (٣٨٢٦)، والعذر: أنه كان معصوب الصدر، كما عند ابن حبان.

(٦) انظر: الفروع (٣/٦٥).

ذلك ما ورد في الأمر بإخراج من أكل ثوماً من المسجد كما في حديث عمر ﷺ المتقدم[١].

وأما قصة المغيرة فقد بين النبي ﷺ أنه معذور.

وأما مسألة من أكل الثوم بقصد إسقاط الجمعة: فإن من أكل الثوم ونحوه بقصد إسقاط الجمعة فإنه يحرم ذلك، ولا تسقط[٢] لأنه تحيل على إسقاط الواجب، وهذا كما قال أهل العلم: إن الإنسان لو سافر في رمضان من أجل أن يفطر صار السفر حراماً والفطر حراماً[٣].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا أكل الثوم ونحوه من كل ذي ريح كريهة كالبصل والكراث وشرب الدخان بقصد إسقاط الجمعة، فإن أكله لهذا الغرض حرام لا يغتفر مع أنه وسيلة والمقصود صلاة الجمعة فلم تسقط بل يجب حضورها[٤]، وكان بمقتضى قاعدة: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"، أن يغتفر في أكل الثوم وإن قصد إسقاط الجمعة، إلا أن المسألة استثنيت من القاعدة.

والذي يظهر عدم دخولها تحت القاعدة؛ لأن أكل الثوم ليس وسيلة لصلاة الجمعة بل هو وسيلة لإسقاطها المحرم، ولا يوجد شيء يغتفر فيه ولا يغتفر في الأصل، فنحتاج إلى ثلاثة أمور: الوسيلة، والأصل، والأمر المغتفر في الوسيلة دون الأصل، وهي لا توجد هنا.

---

(١) تقدم تخريجه ص (٧١٥).

(٢) هذه المسألة نص عليها الحنفية والشافعية وأما المالكية والحنابلة فتخرج على قولهم من سافر لأجل الفطر فإنه لا يجوز له الفطر.

انظر: حاشية ابن عابدين (٤٣٦/٢)، نهاية المحتاج (١٥٨/٢)، وفي مسألة من سافر ليفطر، انظر: مواهب الجليل (٣٧٧/٣)، الإنصاف (٣٧٦/٧).

(٣) انظر: بحث المسألة ص (٦٢١).

(٤) انظر: نهاية المحتاج (١٦١/٢)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٣٤٤/٢).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الجرهزي من قاعدة: "يغتفر في الوسـائل مـا لا يغتفـر في المقاصد"[١].

والسبب في ذلك دخولها تحت أصل آخر وهو: "المعاملة بنقيض المقصود الفاسد"، فإن القصد من أكل الثوم إسقاط الجمعة، فلم تسقط بل يجب حضورها معاملة له بنقيض قصده الفاسد.

* * *

(١) انظر: المواهب السنية شرح الفرائد البهية (٣٤٤/٢).

الفصل السابع والعشرون

المستثنيات من قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"

وفيه تمهيد، ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور".

* * *

قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة ودليلها وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

اليسر: تقدم بيان معناه عند بيان مفردات قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، وهو بمعنى السهل[٢].

العسر: بمعنى الضيق والشدة والصعوبة[٣].

سقط: سقط الشيء يسقط سقوطاً إذا وقع[٤]، وقول الفقهاء سقط الفرض أي سقط طلبه والأمر به[٥].

المعنى الإجمالي:

أن المأمور به إذا لم يتيسر فعله على الوجه الأكمل الذي أمر به الشرع لعدم القدرة عليه، وإنما يمكن فعل بعضه فيجب فعل هذا البعض المقدور عليه، ولا يترك هذا البعض المقدور عليه بترك البعض الذي يشق فعله[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٥٥)، المنثور في القواعد (٢/٢٩٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٣)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٢٤٦)، وحاشيته الفوائد الجنية للفاداني (٢/٢٤٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٩٦)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٨٦)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٢٤)، القواعد الفقهية لعزام (٣٤٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٦١).

(٢) انظر: ص (١٦٢).

(٣) انظر: لسان العرب (٤/٥٦٣).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (٣/٨٦).

(٥) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٢٤).

(٦) انظر: المرجع السابق.

٢ – دليل القاعدة:

حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)[(١)].

فإن هذا الحديث أصل هذه القاعدة قال ابن السبكي: «ومن أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ: (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)، فإذا تيسر البعض وتعسر البعض وجب الإتيان بالميسور، ولا يسقط بالمعسور»[(٢)].

٣ – تطبيقات القاعدة:

١ – إذا كان مقطوع بعض الأطراف يجب غسل الباقي[(٣)].

٢ – القادر على بعض السترة، يستر به القدر الممكن[(٤)].

٣ – من قدر على نصف صاع في زكاة الفطر، وجب عليه إخراجه[(٥)].

* * *

(١) تقدم تخريجه ص (٢٨٥).

(٢) الأشباه والنظائر (١/١٥٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٤).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٦).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: القادر على صوم بعض يوم دون كله لا يلزمه إمساكه.

المسألة الثانية: إذا اطلع المشتري على عيب و لم يتيسر له الــرد ولا الإشــهاد، لا يلزمه التلفظ بالفسخ.

المسألة الثالثة: إذا وجد الشفيع بعض ثمن الشقص، لا يأخذ قسطه من الشقص.

المسألة الرابعة: واجد بعض الرقبة في الكفارة لا يعتقها بل ينتقل إلى البدل.

* * *

المسألة الأولى: القادر على صوم بعض يوم دون كله لا يلزمه إمساكه[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا أصبح الشخص صائماً ثم مرض في أثناء النهار، فلا يلزمه إمساك ذلك اليوم بالاتفاق[(٢)]، قال النووي: «إذا أصبح الصحيح ثم مرض جاز له الفطر بلا خلاف»[(٣)].

وذلك لقوله تعالى: ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾[(٤)].

ولأنه يباح له الفطر للضرورة، والضرورة موجودة فجاز له الفطر[(٥)].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

القادر على صوم بعض يوم من الفجر إلى الظهر ولا يستطيع أن يكمل اليوم لمرض، فإنه لا يلزمه الإمساك، وكان بمقتضى قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"، أنه يجب عليه الإمساك لأنه ميسور، ولكن المسألة خرجت عن القاعدة؛ لأنه لم يشرع صوم بعض يوم، فليس في الشرع صوم بعض يوم، وعليه فالمسألة مستثناة من القاعدة، لأننا أسقطنا الميسور بالمعسور[(٦)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٨/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٤٩/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٩٨)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٢٦)، القواعد الفقهية لعزام (٣٤٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٦٣/٢)، قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور" لإيمان الهادي (٣٢٥).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٥٦٥/٢)، مجمع الأنهر (٢٥٢/١)، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٣٣٨/١)، مواهب الجليل (٣٨٢/٣، ٣٨٣)، روضة الطالبين (٢٣٥/٢)، مغني المحتاج (٤٣٧/١)، الكافي لابن قدامة (٢٢٣/٢)، كشاف القناع (٣١٠/٢).

(٣) المجموع (٢١١/٦).

(٤) سورة البقرة، الآية (١٨٤).

(٥) انظر: المجموع (٢١٠/٦).

(٦) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٤٩).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"[(١)].

والسبب أن المرض عذر في الفطر لقوله تعالى: ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾[(٢)].

ويمكن أن تدخل هذه المسألة تحت قاعدة: "ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"، حيث إن صوم اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس لا يقبل التبعيض، فإذا لم يستطع المكلف أن يصوم باقي النهار، فيسقط بعض اليوم، وحينئذ يترتب عليه إسقاط الكل، إلا أن الإسقاط هذا إسقاط اضطراري لا دخل للمكلف فيه، وصوم بعض اليوم لا يتأتى شرعاً.

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٣٤٨/١).

(٢) سورة البقرة، الآية (١٨٤).

المسألة الثانية: إذا اطلع المشتري على عيب ولم يتيسر له الرد ولا الإشهاد، لا يلزمه التلفظ بالفسخ[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

سبق بيان أقوال الفقهاء في مسألة خيار العيب هل هو على الفور أو التراخي في الفصل الثالث عشر[٢]، وخلاصته:

اتفق الفقهاء على أن رد المبيع بالعيب يكون بعد العلم بالعيب إذا لم يوجد منه ما يدل على الرضا.

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن خيار الرد بالعيب بعد العلم على الفور، ولا يشترط عندهم أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور.

وعند المالكية إذا علم بالعيب فسكت ليوم أو يومين من غير عذر يسقط خياره، وإن كان له عذر لم يسقط خياره مهما سكت عن المطالبة بالرد، فهو معذور مهما طالت المدة.

وقال الشافعية: لو علم المشتري بالعيب فلا يجوز تأخيره إلا بعذر، ومن العذر عندهم: انشغاله بصلاة دخل وقتها أو بأكل ونحوه[٣]، وقالوا: يلزمه الإشهاد على الفسخ إن أمكنه حتى ينهيه إلى البائع أو الحاكم[٤].

وأما مسألة: اطلاع المشتري على عيب في المبيع و لم يتيسر له الرد ولا الإشهاد فإنها تجري على قول الشافعية بأن الرد يكون بالعيب على الفور، واختلف فقهاء الشافعية في

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٨/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٥٠/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٧)، القواعد الفقهية لعزام (٣٥٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٦٣/٢)، قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور لإيمان الهادي (٣٤٩).

(٢) انظر: ص (٤٥٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٧٦/٥)، حاشية ابن عابدين (٢٠٧/٧)، مواهب الجليل (٣٥٥/٦)، حاشية الخرشي (٥٠٦/٥)، روضة الطالبين (٨٤٠/٣)، مغني المحتاج (٥٧/٢)، المغني (٢١٦/٦)، كشاف القناع (٢١٨/٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٣٩/٣)، مغني المحتاج (٥٧/٢).

حكمها على قولين:

القول الأول: وهو الأصح عندهم أنه إذا اطلع على عيب و لم يتيسر له الـــرد ولا الإشهاد فإنه لا يلزمه التلفظ بالفسخ(١).

القول الثاني: يلزم المشتري التلفظ بفسخ المبيع(٢).

دليل القول الأول:

١ – أن التلفظ بالفسخ يبعد إيجابه من غير سامع، أو سامع لا يعتد به، ولأنه ربما يتعذر عليه ثبوت العيب فيتضرر بالمنع(٣).

دليل القول الثاني:

١ – أن الرد أو الإشهاد قد تعسر على المشتري، والتلفظ بالفسخ ميسور، فوجب أن يبادر بحسب الإمكان(٤).

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن الشخص لا يشهد على قـــول نفـــسه، ولأن الميسور يلزم إذا كان يترتب عليه فائدة، والتلفظ بالفسخ دون الإشهاد لا يترتـــب عليه فائدة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا اطلع المشتري على عيب أخفاه عليه البائع فيجب الرد فوراً أو الإشهاد علـــى هذا العيب، فإذا لم يتيسر له الرد ولا الإشهاد عليه، فلا يلزم التلفظ بالفسخ في الأصـــح عند الشافعية، ويؤخر التلفظ بالفسخ لحين الوصول إلى الحاكم أو البائع نفسه.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٣٩/٣)، مغني المحتاج (٥٧/٢).

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: مغني المحتاج (٥٧/٢).

(٤) انظر: المرجع السابق.

وكان بمقتضى قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"، أن يتلفظ بالفسخ، لأنه ميسور، لكنهم قالوا: لا يلزمه التلفظ في الأصح، وعليه فالمسألة مستثناة من القاعدة.

ومقابل الأصح: يلزم، لأنه ميسور، فلا يسقط بالمعسور وهو وجود البائع أو الحاكم، وعليه تكون المسألة متفرعة من القاعدة(١).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"(٢).

ويمكن أن يقال: إن السبب قاعدة: "الضرر يزال"، فإن الخيار إذا كان على الفور – عند الشافعية – دفعاً للضرر عن البائع الذي يحصل بالتراخي، فكذلك المشتري إذا اطلع على عيب في المبيع ولم يتيسر له الرد ولا الإشهاد فلا يلزمه التلفظ بالفسخ، ويبقى له حق الرد لأنه ربما يتعذر عليه إثباته فيتضرر بالمنع(٣)، والعقد مع العيب غش وتدليس والشارع لا يقر ذلك، فيجب رفعه، وشرع ما يزيله رفعاً للضرر، وذلك بمشروعية خيار العيب.

* * *

(١) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٥٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٣٤٨/١).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٥٧/٢).

المسألة الثالثة: إذا وجد الشفيع بعض ثمن الشقص، لا يأخذ قسطه من الشقص[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا كان الشفيع ليس عنده إلا بعض ثمن الشقص فهل يلزم الشريك البائع أن يعطي بعض المبيع لشريكه بموجب الشفعة، لأن بعض المبيع ميسور للشفيع؟

اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا ترك أحد الشفيعين الشفعة لم يكن للآخر إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع، وليس له أخذ البعض[(٢)].

قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن من اشترى شقصاً من أرض مشتركة فسلم بعضهم الشفعة، وأراد بعضهم أن يأخذ، فلمن أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الجميع أو يدعه، وليس له أن يأخذ بقدر حصته ويترك ما بقي»[(٣)].

وذلك لأن الشفعة لا تتبعض، فإذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص[(٤)]، "ولأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري، بتبعيض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر، لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعاً لضرر الشريك الداخل، خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة، فإذا أخذ بعض الشقص، لم يندفع عنه الضرر، فلم يتحقق المعنى المُجَوِّز لمخالفة الأصل، فلا تثبت"[(٥)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٥٨/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٨/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٤٩/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٧)، القواعد الفقهية لعزام (٣٤٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٦٣/٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٥/٥)، حاشية ابن عابدين (٣٢٤/٩)، مواهب الجليل (٣٩٤/٧)، حاشية الدسوقي (٤٣٩/٣)، روضة الطالبين (١٨٤/٤)، مغني المحتاج (٣٠٦/٢)، المغني (٥٠٠/٧)، الإنصاف (٤٢٢/١٥).

(٣) الإجماع (٥٦).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٣٠٦/٢).

(٥) المغني (٥٠٠/٧ – ٥٠١).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا كان الشفيع ليس معه إلا بعض ثمن الشقص المشفوع فيه فمقتضى قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"، جواز أخذ الشفيع بعض الشقص، لأنه المتيسر له لوجود ثمنه دون ثمن جميع الشقص، والميسور لا يسقط بالمعسور.

فالميسور هو: أخذ الشفيع بعض الشقص، والمعسور أخذ الشقص كاملاً، ولكن هذه المسألة استثنيت من القاعدة فليس للشفيع أخذ بعض الشقص.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن السبكي[(١)]، والسيوطي[(٢)]، من قاعدة "الميسور لا يسقط بالمعسور".

والسبب في ذلك الآتي:

١ — قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"، وذلك لأن أخذ البعض إضرار بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر، لأن الشفعة إنما تثبت دفعاً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة، ومؤنة القسمة، فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر[(٣)].

٢ — قاعدة: "ما لا يقبل التبعيض يكون اختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"[(٤)]، وذلك لأن الشفعة لا تتبعض، فإذا سقط بعضها سقط جميعها[(٥)].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٥٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٤٨).

(٣) انظر: المغني (٧/٥٠٠، ٥٠١).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (١/١٢٥).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٢/٣٠٦).

المسألة الرابعة: واجد بعض الرقبة في الكفارة لا يعتقها بل ينتقل إلى البدل[1].

المقصد الأول: حكم المسألة:

لقد جعل الله العتق هو الكفارة الأصلية في كفارة القتل: ﴿وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[2]، وقال سبحانه في كفارة الظهار: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾[3].

فإذا وجد بعض الرقبة في الكفارة فهل يعتقها أو ينتقل إلى البدل؟

اتفق الأئمة الأربعة على أن واجد بعض الرقبة في الكفارة لا يعتقها بل ينتقل إلى البدل وهو صيام شهرين متتابعين، وبناء على ذلك لا يجوز اعتاق نصف رقبة، لأن من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة كاملة[4].

والأدلة على ذلك:

١ - قال تعالى في كفارة الظهارة: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾[5].

وجه الاستدلال: قوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، يدل على أنه يشترط كون الرقبة

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٥٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٧)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣٤٨)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٧)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٩٧)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٢٢٦)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٦٣)، قاعدة: الميسور لا يسقط بالمعسور لإيمان الهادي (٣٣٠).

(٢) سورة النساء، الآية (٩٢).

(٣) سورة المجادلة، الآية (٣).

(٤) انظر: المبسوط (٨/١٤٤)، بدائع الصنائع (٦/٣٩٢)، حاشية الخرشي (٣/٤٢)، منح الجليل (١/٦٣٦)، روضة الطالبين (٦/٢٨٤)، مغني المحتاج (٣/٣٦٧)، العمدة لابن قدامة (٤٨٦)، كشاف القناع (٦/٢٤٢).

(٥) سورة المجادلة، الآية (٣).

كاملة، وقوله: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ ﴾، وواجد بعض الرقبة لم يجد رقبة، فالمنصوص عليه عتق رقبة فيلزمه عتقها، فإن عجز ينتقل إلى الصوم[1].

٢ – أن إيجاب بعض الرقبة مع صوم الشهرين جمع بين البدل والمبدل، وصيام شهر مع عتق نصف الرقبة فيه تبعيض الكفارة، وهو ممتنع[2].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

من لزمته كفارة وكان موسراً ببعض رقبة فهل يعتق ذلك البعض الذي تيسر؟

مقتضى قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"، أن واجد بعض الرقبة في الكفارة يجوز له عتق ذلك البعض المتيسر، وذلك لأن الميسور لا يسقط بالمعسور.

فالميسور عتق بعض الرقبة، والمعسور الرقبة كاملة، فيعتق بعض الرقبة ولا ينتقل إلى البدل، لكن هذه المسألة استثنيت من القاعدة فإذا وجد بعض الرقبة في الكفارة لا يعتقها بل ينتقل إلى البدل باتفاق الأئمة الأربعة[3].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن السبكي[4]، والسيوطي[5]، من قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور".

والسبب في ذلك: قال السيوطي: «خرج عن هذه القاعدة مسائل: ومنها: واجد بعض الرقبة في الكفارة، لا يعتقها بل ينتقل إلى البدل بلا خلاف.

---

(١) انظر: كشاف القناع (٢٤٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٤٧/١).

(٣) انظر: ص (٧٢٩).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١٥٨/١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٣٤٧/١).

وَوُجِّهَ بأن إيجاب بعض الرقبة مع صوم الشهرين، جمع بين البدل والمبدل، وصيام شهر مع عتق نصف الرقبة فيه تبعيض الكفارة، وهو ممتنع وبأن الشارع قال: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ ﴾[1]، وواجد بعض الرقبة لم يجد رقبة»[2].

فقوله تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾، دل على عدم جواز عتق بعض الرقبة، لأن بعض الرقبة ليس برقبة كاملة، ولأنه فعل على خلاف المنصوص عليه.

* * *

---

(١) سورة المجادلة، الآية (٣).

(٢) الأشباه والنظائر (١/٣٤٧).

الفصل الثامن والعشرون

المستثنيات من قاعدة:

"ما لا يقبل التبعيض، فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"

وفيه تمهيد، ومبحث واحد:

- التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها.

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "ما لا يقبل التبعيض، فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله".

* * *

قاعدة: "ما لا يقبل التبعيض، فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"[١]

التمهيد: في معنى القاعدة وتطبيقاتها:

١ – معنى القاعدة:

إن الشيء الذي لا يقبل التجزئة من الأحكام إما أن يثبت كله، أو يسقط كله، ولا أثر لاختيار المكلف فيه، فاختيار بعضه يكون كاختيار كله، وإسقاط بعضه يكون كإسقاط كله.

وهذه القاعدة ذات شقين متلازمين: ولا يغني أحدهما عن الآخر، لأنه قد يتحقق إسقاط دون اختيار فأتى بالجزأين للحاجة إليها في الفروع، وذلك لأن اختيار بعضه جزء، وإسقاط بعضه جزء، وكل منهما لا يغني عن الآخر[٢].

وعبر ابن نجيم عن هذه القاعدة بقوله: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله"[٣]، فيكفي في الأشياء التي لا تتجزأ ذكر بعضها عن الكل، وأن البعض إذا ذكر كان الكل مذكوراً؛ لأنه لو كان ذكر البعض لا يقوم مقام ذكر الكل لكان ذلك موجباً لإهمال الكلام[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٠٥)، المنثور في القواعد (٢/٢٥٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم بلفظ: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله"، (١٨٦)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣٥٢)، مجلة الأحكام العدلية المادة (٦٣)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية (١/٥٥)، شرح المجلة للأتاسي (١/١٦٥)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٣٢١)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٨)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٢٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣٥٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٢/٧٦٥).

(٢) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٥٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٦).

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٥٥).

٢ – تطبيقات القاعدة:

١ – إذا قال: "أنت طالق نصف طلقة، طلقت طلقة"[١].

٢ – إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه سقط كله[٢].

٣ – إذا عفا الشفيع عن بعض حقه، فالأصح سقوط كله[٣].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٤٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٦).

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٨).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "ما لا يقبل التبعيض، فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"

وفيه مسألة واحدة:

وهي: إذا قال الزوج: أنت علي كظهر أمي فإنه صريح في الظهار، ولو قال: أنت علي كأمي لم يكن صريحاً.

* * *

مسألة: إذا قال الزوج: أنت علي كظهر أمي فإنه صريح في الظهار، ولو قال: أنت علي كأمي لم يكن صريحاً[1].

المقصد الأول: حكم المسألة:

اتفق العلماء على أن صريح الظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي[2].

قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن صريح الظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي»[3].

وأما إن قال أنت علي كأمي – وهو لا يجوز – فهو كناية إن نوى به الظهار فهو ظهار، وإن نوى به الكرامة والتوقير، فليس بظهار باتفاق الأئمة الأربعة؛ لأن هذا اللفظ يستعمل في التحريم وغيره فلا ينصرف إلى التحريم إلا بنية[4].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

ذكر السيوطي[5]، وابن نجيم[6] ضابطاً تحت قاعدة: "ما لا يقبل التبعيض يكون

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٥١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٥٥/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٦٩)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٣٢٣)، القواعد الفقهية لعزام (٣٥٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٧٦٦/٢).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٢٤٧/٤)، حاشية ابن عابدين (١٢٨/٥)، مواهب الجليل (٤٢٨/٥)، حاشية الدسوقي (٣٩٢/٢)، روضة الطالبين (٢٣٧/٦)، مغني المحتاج (٣٥٣/٣)، المغني (٥٧/١١)، كشاف القناع (٣٦٨/٥).

(٣) الإجماع (٤٧).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٢٥٢/٤)، حاشية ابن عابدين (١٣١/٥)، مواهب الجليل (٤٣٠/٥)، حاشية الدسوقي (٣٩٣/٢)، روضة الطالبين (٢٣٨/٦، ٢٣٩)، مغني المحتاج (٣٥٣/٣)، المغني (٦٠/١١)، الإنصاف (٢٣٣/٢٣).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٣٥١/١).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٧).

اختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"، وهذا الضابط هو: "لا يزيد البعض على الكل"، واستثنوا منه هذه المسألة.

فإذا قال الرجل لزوجته: أنت علي كظهر أمي، فإنه صريح في التحريم، والظهر جزء وليس كل أمه كظهرها فقط، ولكنه لو قال لها: أنت علي كأمي لم يكن صريحاً في التحريم لاحتمال أن تكون كأمه في الشفقة والتقدير، واحتمال أن تكون كأمه في التحريم، والصريح أقوى من الكناية، فالكل يكون أقوى من الجزء إطلاقاً إلا في هذه الصورة[١].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي[٢]، وابن نجيم[٣] من الضابط: "لا يزيد البعض على الكل".

قال السيوطي: «لا يزيد البعض على الكل إلا في مسألة واحدة، وهي: إذا قال: أنت علي كظهر أمي فإنه صريح، ولو قال: أنت علي كأمي لم يكن صريحاً»[٤].

والسبب: أن الصريح أقوى من الكناية[٥]، فإذا قال لها: أنت علي كظهر أمي فهو صريح في التحريم ولا ينصرف إلى غير الظهار، بلا خلاف، لأن الظهر موضع الركوب، أما لو قال لها: أنت كأمي، فهو كناية فلا يكون ظهاراً إلا بالنية.

* * *

(١) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٥٥).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٣٥١/١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٧).

(٤) الأشباه والنظائر (٣٥١/١).

(٥) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٥٥).

الفصل التاسع والعشرون

المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"

وفيه تمهيد، ومبحث واحد:

- التمهيد في معنى القاعدة وشروطها وأدلتها وتطبيقاها

- المبحث: في المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشـــرة، قدمت المباشرة".

* * *

قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"[١]

١ – معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

السبب في اللغة: كل ما يتوصل به إلى غيره، يقال: هذا سبب هذا، وهذا مسبب هذا[٢].

والسبب عند الأصوليين: "ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته"[٣].

وعند الفقهاء: "الأمر الظاهر المضبوط الذي جعله الشارع أمارة لوجود الحكم"[٤].

والمتسبب للإتلاف: "هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار"[٥].

الغرور من الغرر وهو في اللغة: الخطر والخدعة[٦].

وفي الاصطلاح: "هو ما طُوِيَ عنك علمه، وخفي عليك باطنه"[٧]، أو "إبداء ما

---

(١) انظر: الفروق (٤/٧٠)، قواعد ابن رجب (٢/٥٩٧)، المنثور في القواعد (١/٥٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٥٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٢٨٢)، مجلة الأحكام العدلية، المادة (٩٠)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨٠)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٤٩)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٤٧)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٣٥٦)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٧١)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣١٧)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٣٩٧)، القواعد الفقهية لعزام (٣٥٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٨٠).

(٢) انظر: لسان العرب (١/٤٤١)، المصباح المنير (١/٢٦٢).

(٣) شرح الكوكب المنير (١/٤٤٥).

(٤) أصول الفقه لأبي زهرة (٥٠).

(٥) غمز عيون البصائر (١/٤٦٦).

(٦) انظر: لسان العرب (٦/٣١٤)، المصباح المنير (٢/٤٤٥).

(٧) عون المعبود (٩/٢٣٠).

ظاهره السلامة ثم يتخلف"[١].

المباشرة في اللغة: مأخوذة من باشر الأمر: تولاه بنفسه، وباشر الفعل: فعله من غير واسطة[٢].

وفي الاصطلاح: "هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر"[٣].

المعنى الإجمالي:

إذا اجتمع في حادثة من الحوادث سبب ومباشر قدمت المباشرة، وإذا اجتمع غرور ومباشرة قدمت المباشرة؛ لأن المباشر فاعل وهو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة، لا إلى أسبابها الموصلة، لأنها أقوى وأقرب[٤].

"ومناط الحكم في هذه القاعدة أو علته: هي رجحان المباشرة على التسبب وكونها أقوى من التسبب؛ لأن المباشرة هي فعل الفاعل، وأما التسبب فهو المفضي والموصل إلى الحدوث والوقوع، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى أفعالها وعللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة"[٥].

٢ – شروط القاعدة:

إذا اجتمع المباشر والمتسبب على إتلاف الشيء فإن الحكم الكلي للقاعدة يتضمن الفاعل المباشر للإتلاف دون المتسبب، ويشترط في هذا الحكم عدة شروط وهي[٦]:

---

(١) القواعد الفقهية لعزام (٣٥٧).

(٢) انظر: الصحاح (٢/٥٩٠)، لسان العرب (٥/١٢٦).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨٠).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٤٧)، القواعد الفقهية لعزام (٣٥٥).

(٥) القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣١٩).

(٦) انظر: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٥٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣١٨).

الشرط الأول: اجتماع المباشر والمتسبب في إلحاق الضرر بالغير، فإن انفرد أحدهما بالضرر نسب الحكم إليه، كما إذا حفر بئراً، فسقط فيه حيوان بنفسه، فإن الحافر يضمن لانفراد التسبب.

الشرط الثاني: أن لا يكون للسبب تأثير قوي يؤدي إلى العمل بانفراده إلى الإتلاف، كما لو اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب عليها، فالضمان على المتسبب وعلى المباشر؛ لأن سوق الدابة وحده يؤدي إلى التلف، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها.

٣ – أدلة القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقول الله عز وجل: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[(١)].

وكذلك ما جاء عن عمرو بن الأحوص[(٢)] رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في حجة الوداع: (... ألا لا يجني جان إلا على نفسه، ألا لا يجني جان على ولده، ولا مولود على والده)[(٣)].

فإنه يستدل بهذه الآية والحديث النبوي على المبدأ العام الذي ينص على عدم مساءلة الإنسان عن ضرر أو تلف يحدثه غيره، ولا يد له فيه، ويدخل في ذلك عدم مطالبة المتسبب بالضمان مع وجود المباشر للتلف، لأن المباشر هو المتلف الحقيقي.

---

(١) سورة الأنعام، الآية (١٦٤).

(٢) أبو سليمان عمرو بن الأحوص بن جعفر بن كلاب الجشمي؛ من بني جشم بن سعد، روى عن النبي ﷺ وشهد معه حجة الوداع، وشهد اليرموك في زمن عمر رضي الله عنه.
انظر: الإصابة في تمييز الصحابة (٢٨٣/٤)، تهذيب التهذيب (٢/٨).

(٣) أخرجه الترمذي في كتاب الفتن، باب ما جاء "دماؤكم وأموالكم عليكم حرام" رقم (٢١٥٩)، وابن ماجه في كتاب المناسك، باب الخطبة يوم النحر رقم (٣٠٥٥)، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح»، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي رقم (٢١٥٩).

٤ – تطبيقات القاعدة:

١ – لو حفر بئراً فرداه فيها آخر، فالقصاص على المردي[١].

٢ – إذا دل شخص سارقاً على مال غيره فسرقه، فالضمان على السارق، وليس على الدال[٢].

٣ – لو دفع إلى صبي سكيناً أو سلاحاً ليمسكه فقتل به نفسه فلا ضمان على الدافع المتسبب[٣].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٥٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧).

مبحث

في المستثنيات من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"

وفيه ثمان مسائل:

المسألة الأولى: إذا دل المحرم حلالاً على صيد فقتله.

المسألة الثانية: إذا غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها، وهو جاهل بالحال.

المسألة الثالثة: إذا دل المُودَع السارق على الوديعة.

المسألة الرابعة: إذا وقف عقاراً على قوم، فصرفت غلته إليهم، فخرج مستحقاً.

المسألة الخامسة: إذا دفع إلى صبي سكيناً ليمسكها له، فوقعت عليه، فجرحته.

المسألة السادسة: إذا قدم شخص طعاماً مسموماً عالماً به إلى آخر فأكله وهو لا يعلم بالحال.

المسألة السابعة: إذا قتل الجلاد شخصاً بأمر الإمام ظلماً، وهو جاهل.

المسألة الثامنة: إذا أفتاه من هو أهل للفتوى بإتلاف، ثم تبين خطؤه.

* * *

المسألة الأولى: إذا دل محرم حلالاً على صيد، فقتله وجب الجزاء على الدال[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا دل محرم حلالاً على صيد، فقتله الحلال، فعلى من يجب الجزاء؟

اختلف الأئمة الأربعة في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الجزاء على المحرم (الدال)، وهذا قول الحنفية[٢]، والحنابلة[٣].

القول الثاني: يأثم المحرم، ولا جزاء على واحد منهما، وإنما عليه الاستغفار، وهذا قول المالكية[٤]، والشافعية[٥].

أدلة القول الأول:

١ – حديث أبي قتادة[٦] ﵁ لما صاد الحمار الوحشي وأصحابه محرمون، فقال النبي ﷺ: (هل أحد منكم أمره أو أشار إليه بشيء، قالوا: لا)[٧].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ سأل الصحابة عن الإشارة إليه، فدل على تحريم الدلالة، وإذا ثبت أن هذا محظور على المُحْرِم ترتب عليه الفدية.

٢ – أن ذلك مروي عن علي وعبد الله بن مسعود ﵄ ولا مخالف لهما من الصحابة[٨].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧).

(٢) انظر: المبسوط (٧٩/٤)، حاشية ابن عابدين (٥٩٦/٣).

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٧٩/٨)، كشاف القناع (٤٩٦/٢).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٦٩/٢)، منح الجليل (٥٣٢/١).

(٥) انظر: الأم (٢٠٨/٢)، روضة الطالبين (٤٢٤/٢).

(٦) الحارث بن ربعي الأنصاري الخزرجي، اشتهر بكنيته وكان يقال له فارس رسول الله، شهد أحداً وما بعدها، ولما صارت الخلافة إلى علي ولاه على مكه، وشهد صفين ومات بالمدينة سنة ٥٤هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٤٤٩/٢)، الإصابة في تمييز الصحابة (١٥٦/٧).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الحج، باب لا يشير المحرم إلى الصيد لكي يصطاده الحلال، رقم (١٨٢٤)، ومسلم واللفظ له في كتاب الحج، باب تحريم الصيد للمحرم، رقم (١١٩٦).

(٨) انظر: المبسوط (٧٩/٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٨٠/٨).

٣ – أن الدلالة سبب يتوصل به إلى إتلاف الصيد، فتعلق به الضمان[١].

دليل القول الثاني:

١ – أن الجزاء واجب بقتل الصيد بالنص، قال تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم. . . ﴾[٢]، والدلالة ليست في معنى القتل[٣].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن المحرم فعل محرماً بالدلالة إلى الصيد لحديث أبي قتادة، وكان سبباً في إتلاف الصيد فتعلق الجزاء به.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا دل المحرم حلالاً على صيد في الحل، فقتله الحلال، فإن المحرم متسبب في قتل الصيد، والحلال مباشر وكان بمقتضى قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، أن ليس على المحرم المتسبب جزاء، لأن المباشر هو الحلال الذي يجوز له الصيد في الحل، إلا أن الحنفية والحنابلة ذهبوا إلى وجوب الجزاء على المحرم وعليه فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة". فقال: «وخرجت عنها مسائل.... الرابعة: دل محرم حلالاً على صيد، فقتله، وجب الجزاء على الدال بشرطه في محله، (أن يتصل القتل بالدلالة) لإزالة الأمن، بخلاف الدلالة على صيد الحرم، فإنها لا توجب شيئاً لبقاء أمنه بالمكان بعدها»[٤].

فالجزاء على المحرم لإزالة الأمن.

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٨/٢٨٠).

(٢) سورة المائدة، الآية (٩٥).

(٣) انظر: المجموع (٧/٣٠٤).

(٤) الأشباه والنظائر (١٨٧).

٣ – أن الدلالة سبب يتوصل به إلى إتلاف الصيد، فتعلق به الضمان[١].

دليل القول الثاني:

١ – أن الجزاء واجب بقتل الصيد بالنص، قال تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم. . . ﴾[٢]، والدلالة ليست في معنى القتل[٣].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، لأن المحرم فعل محرماً بالدلالة إلى الصيد لحديث أبي قتادة، وكان سبباً في إتلاف الصيد فتعلق الجزاء به.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا دل المحرم حلالاً على صيد في الحل، فقتله الحلال، فإن المحرم متسبب في قتل الصيد، والحلال مباشر وكان بمقتضى قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، أن ليس على المحرم المتسبب جزاء، لأن المباشر هو الحلال الذي يجوز له الصيد في الحل، إلا أن الحنفية والحنابلة ذهبوا إلى وجوب الجزاء على المحرم وعليه فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة". قال ابن نجيم: «وخرجت عنها مسائل.... الرابعة: دل محرم حلالاً على صيد، فقتله، وجب الجزاء على الدال بشرطه في محله، لإزالة الأمن، بخلاف الدلالة على صيد الحرم، فإنها لا توجب شيئاً لبقاء أمنه بالمكان بعدها»[٤].

فالجزاء على المحرم لإزالة الأمن.

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٨٠/٨).

(٢) سورة المائدة، الآية (٩٥).

(٣) انظر: المجموع (٣٠٤/٧).

(٤) الأشباه والنظائر (١٨٧).

المسألة الثانية: إذا غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها، وهو جاهل بالحال[١].

المقصد الأول: حكم المسألة.

إذا غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها وهو جاهل بالحال، فهل الضمان على الغاصب أو على القصاب؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الضمان على الغاصب، وهذا قول المالكية[٢]، والشافعية[٣].

القول الثاني: أن المالك بالخيار إن شاء ضمن القصاب وإن شاء ضمن الغاصب، وإن ضمن القصاب، رجع على الغاصب، وهذا قول الحنابلة[٤].

القول الثالث: أن الضمان على القصاب علم بأن الشاة لغيره أو لم يعلم لكن إن علم لا يكون له حق الرجوع وإلا رجع، وهذا قول الحنفية[٥].

دليل القول الأول:

١ – أن النفع يعود على الغاصب لا على القصاب، فيكون الضمان على الغاصب[٦].

دليل القول الثاني:

أن التلف حصل من القصاب بأمر الغاصب فللمالك تضمين من شاء منهما، وإذا ضمن القصاب رجع على الغاصب، لأنه غره[٧].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (١/٥٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٣٥٣)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٢/٣٥٨)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٧١)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٢٠)، القواعد الفقهية لعزام (٣٥٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٨٣).

(٢) بناء على قولهم إذا أكل شخص طعاماً مغصوباً بلا علم فالضمان على الغاصب، انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/٣٩٨)، حاشية الدسوقي (٣/٣٩٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/١٠٠)، مغني المحتاج (١/٥٢٢).

(٤) انظر: المغني (٧/٣٨٩)، مطالب أولي النهى (٤/٢٢).

(٥) انظر: البحر الرائق (٨/٣٤٨)، حاشية ابن عابدين (٩/٣١١).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/١٠٠).

(٧) انظر: المغني (٧/٣٨٩).

دليل القول الثالث:

١ – أن الآمر لا ضمان عليه بالأمر إلا إذا كان الآمر سلطاناً أو أباً أو سيداً، أو المأمور صبياً أو عبداً، فيضمن الأجير لمباشرته الذبح[١].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول؛ لأن القصاب لا يعلم بالغصب، ولا نفع يعود عليه من المغصوب، والغاصب مغرر فأصبحت يد المغرر كيد المباشر.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

لو أن شخصاً غصب شاة وأمر القصاب بذبحها وهو جاهل بغصب الشاة، فالضمان على الغاصب، وكان بمقتضى قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة" أن يكون الضمان على القصاب لأنه المباشر، إلا أن المسألة استثنيت من القاعدة فقدم المتسبب على المباشر فكان الضمان على الغاصب.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[٢]، والسيوطي[٣]، من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة".

والسبب في ذلك: أن المباشر يترل مترلة المتسبب، وذلك لأنه إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب، والمتسبب غار بالمباشر فالضمان على الغار لا على المباشر[٤].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٩/٣١٠).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (١/٥٧).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٥٣).

(٤) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٢/٣٥٩)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (٤٠٣).

قال ابن رجب: «إذا استند إتلاف أموال الآدميين، ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب؛ إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه أو غير ملجئة»[1].

* * *

(١) القواعد (٢/٥٩٧).

المسألة الثالثة: إذا دل المُودَع السارق على الوديعة فإنه يضمن[(١)].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا دل المُودَع السارق على الوديعة فاختلف العلماء على من يكون الضمان على قولين:

القول الأول: أن الضمان على المُودَع، ويرجع المُودَع على السارق، وهذا قول الحنفية[(٢)]، والمالكية[(٣)]، والشافعية[(٤)].

القول الثاني: أن الضمان على المُودَع أو السارق، وعلى السارق قرار الضمان، وهذا قول الحنابلة[(٥)].

دليل القول الأول:

١ – أن المُودَع ترك الحفظ، والحفظ واجب عليه، ومن يلزمه الحفظ يلزمه الضمان[(٦)].

دليل القول الثاني:

١ – أن المُودَع يضمن لمنافاته للحفظ المأمور به أشبه ما لو دفعها لغيره، وأما السارق فلأنه المتلف لها[(٧)].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، وذلك لأن المُودَع مأمور بالحفظ وقد فرط في حفظها فتعين عليه الضمان.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٢٨٣)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨١)، شرح المجلة للأتاسي (١/٢٥٠)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (٤٤٨)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لزيدان (١٥٣).

(٢) انظر: البحر الرائق (٧/٢٧٥)، حاشية ابن عابدين (٨/٤٥٩).

(٣) انظر: الفواكه الدواني (٢/٢٣٨)، حاشية الدسوقي (٣/٣٨٣).

(٤) انظر: الوسيط في المذهب (٤/٥١١)، أسنى المطالب (١/٥١٥).

(٥) انظر: قواعد ابن رجب (٢/٦٠٧)، شرح منتهى الإرادات (٤/٢٤٠).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧)، الفواكه الدواني (٢/٢٣٨)، الوسيط في المذهب (٤/٥١١).

(٧) انظر: شرح منتهى الإرادات (٤/٢٤٠).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا دل المُودَع السارق على الوديعة وأخذها السارق فإن المُودَع يضمن الوديعة.

فقد اجتمع السبب وهو كون المُودَع قد دل السارق على الوديعة، والمباشر وهو السارق، وكان بمقتضى قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، أن يضمن السارق، لأنه المباشر، ومع هذا عمل بالسبب وحكم بالضمان على المُودَع وهذا على خلاف القاعدة.

ويرى ناظرزاده أن هذه المسألة ليست من باب التسبب والمباشرة، وإنما من باب ترك الحفظ قال: «ولا يضمن من دل سارقاً على مال إنسان فسرقه، إلا إذا دل المُودَع على الوديعة فإنه يضمن لترك الحفظ، لا بالتسبب»[1].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"[2].

والسبب: أن المُودَع قصر في حفظ الوديعة[3]، وأخل بالحفظ الذي التزمه عند عقد الوديعة، والوديعة أمانة، فإذا فرط في حفظها فإنه يضمن بالإجماع.

قال ابن قدامة: «وأما إذا تعدى المستودع فيها، أو فرط في حفظها، فتلفت ضمنها بغير خلاف نعلمه»[4].

* * *

(١) ترتيب اللآلي (١/٢٨٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٧).

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨١).

(٤) المغني (٩/٢٥٨).

المسألة الرابعة: إذا وقف عقاراً على قوم، فصرفت غلته إليهم، فخرج مستحقاً[١]، ضمن الواقف[٢].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل التراع:

اتفق العلماء على أنه يشترط في الوقف أن يكون الموقوف ملكاً للواقف؛ فإن لم يكن كذلك فالوقف باطل[٣].

وأما إذا وقف عقاراً على قوم، فصرفت غلته إليهم، فخرج مستحقاً للغير، وهم لا يعلمون، فإن هذه المسألة تُخَرَّج على مسألة إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره وهو لا يعلم بالغصب، أو غصب شيئاً فوهبه لغيره فأتلفه وهو لا يعلم بالغصب، فعلى من يكون الضمان؟ اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الضمان على الغاصب، وهذا قول عند الشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الضمان على الآكل، وهذا قول الحنفية[٦]، والقول الجديد عند الشافعية[٧]، ورواية عند الحنابلة[٨].

القول الثالث: أن الضمان على الغاصب فإن أعسر أو لم يقدر فعلى الآكل بقدر

---

(١) الاستحقاق: ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير، حاشية ابن عابدين (٤٢٩/٧).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (٥٧/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٥٣/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٤٦٤/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٧٢)، القواعد الفقهية لعزام (٣٦٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٨٤/١).

(٣) انظر: المبسوط (٣٧/١٢)، شرح فتح القدير (٢٠٦/٦)، حاشية الخرشي (٣٦٢/٧)، الفواكه الدواني (٢١١/٢)، تحفة المحتاج (٤٨٩/٢)، نهاية المحتاج (٣٦٠/٥)، مطالب أولي النهي (٣٣٢/٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٠٠/٤)، مغني المحتاج (٢٨٠/٢).

(٥) انظر: المغني (٤١٨/٧)، الإنصاف (٢٤٤/١٥).

(٦) انظر: المبسوط (٨١/١١)، حاشية ابن عابدين (٢٨٨/٩).

(٧) انظر: روضة الطالبين (١٠٠/٤)، مغني المحتاج (٢٨٠/٢).

(٨) انظر: المغني (٤١٨/٧)، الإنصاف (٢٤٤/١٥).

أكله، وهذا قول المالكية[١].

دليل القول الأول:

١ – أن الغاصب هو الذي غَرَّ الآكل وخدعه، وقدم إليه طعاماً دون أن يعلم بأنه مغصوب[٢].

دليل القول الثاني:

١ – أن الآكل هو المباشر والمتلف وإليه عادت المنفعة، فمنفعة الأكل تعود إليه[٣].

دليل القول الثالث:

لم أقف على دليل على هذا التقسيم، ولكن يمكن أن يستدل لذلك: بأن الغاصب هو الغار، فإن كان قادراً استقر الضمان عليه، وإن عجز عن الضمان فإن الآكل يضمن لأنه المتلف وحتى لا يضيع حق المالك.

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول، فالغاصب يضمن، لأنه الظالم والمتعدي حقيقة، وأما الآكل فهو جاهل بالغصب ومغرر به.

وعلى هذا فإن الواقف إذا صرف الغلة إلى الموقوف عليهم ثم تبين أن العين الموقوفة مستحقة، فإن المالك يرجع إلى الواقف في ضمان الغلة.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا وقف عقاراً على قوم وصرف الإيجار إلى الموقوف عليهم، ثم ظهر أن العقار ليس ملكاً للواقف، وإنما بان أنه مستحق بغصب أو نحوه، فإن الواقف يضمن.

ففي هذه المسألة اجتمع التغرير من الواقف، ومباشرة الأكل من الموقوف عليهم،

(١) انظر: المدونة الكبرى (٣٧٩/١٤)، منح الجليل (٥١١/٣).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٢٨٠/٢)، المغني (٤١٩/٧).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٢٨٨/٩)، مغني المحتاج (٢٨٠/٢)، المغني (٤١٩/٧).

ومع هذا قدم التغرير على المباشرة، وكان الضمان على الواقف، مع أنه ليس بمباشر للأكل وإنما حصل منه التغرير، وكان بمقتضى قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، أن يكون الضمان على الموقوف عليهم إلا أن المسألة استثنيت من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[(١)]، والسيوطي[(٢)]، من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، والسبب: أن قوة التغرير تقدم على المباشرة[(٣)]، والموقوف عليهم لم يعلموا بتغرير الواقف، ولم ينسب إليهم تقصير في أكلهم ما أوقف عليهم.

قال الزركشي: «ويستثنى من هذه القاعدة صور: ومنها: وقف ضيعة على أهل العلم، فصرف إليهم غلتها، ثم خرجت مستحقة، فقرار الضمان على الواقف لتغريره»[(٤)].

* * *

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٥٧/١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٣٥٣/١).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٦٠).

(٤) المنثور في القواعد (٥٧/١).

المسألة الخامسة: إذا دفع إلى صبي سكيناً ليمسكها له، فوقعت عليه، فجرحته، فالضمان على الدافع[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا دفع رجل إلى صبي سكيناً ليمسكها له، فوقعت عليه فجرحته فإن الضمان على الدافع باتفاق المذاهب الأربعة[٢].

وذلك لأنه لم يتخلل ذلك فعل فاعل مختار، فيضاف الحكم إلى دافع السكين[٣].

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا دفع رجل إلى صبي سكيناً ليمسكها له، فوقعت عليه، فجرحته، فإن دافع السكين متسبب، والصبي مباشر وكان بمقتضى قاعدة: "إذا اجتمع ا لسبب أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة"، أن لا ضمان على الدافع، ومع ذلك أضيف وجوب الضمان على الدافع وهو المتسبب، واستثنيت هذه المسألة من القاعدة.

لكن لم يرتض بعض العلماء عد هذه المسألة من المسائل المستثناة من القاعدة، قال ناظرزاده: «واستثنى البعض عن هذا الأصل: ما لو دفع إلى صبي سكيناً، فوقع عليه، فجرحه: كان الضمان على الدافع.

أقول: هذا مما ليس من هذا الباب؛ لعدم اجتماع المباشر والمتسبب، فتعين الحكم على السبب»[٤].

وقال الحموي: «وقوله: (لو دفع إلى صبي سكيناً.... الخ)، أقول: في جعل هذا مما

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧)، ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٢٨٤).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٩٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٧)، المدونة الكبرى (١٦/٤٤٣)، حاشية الرملي (٤/٧٧)، المجموع (١٣/٢١٤)، شرح منتهى الإرادات (٤/٢٤٧)، مطالب أولي النهي (٦/٢٣).

(٣) انظر: ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٢٨٥).

(٤) ترتيب اللآلي (١/٢٨٤).

خرج عن القاعدة نظر، إذ لم يدخل في القاعدة حتى يصح استثناؤه، كما هو ظاهر»[١].

فالصبي غير مختار، فلا يعد مباشراً، لأن السقوط من يده مضاف إلى السبب الأول، وهو مناولته إياه، فكان هذا سبباً في معنى العلة[٢].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها ابن نجيم من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشـــرة، قدمت المباشرة"[٣].

وهذه المسألة مشابهة للقاعدة في الصورة وهي في الحقيقة غير داخلة فيها، وذلك أنه إذا وقع على يد الصبي سكين فجرحته، لم يتخلل هناك فعل فاعل مختار، فيضاف الحكم إلى السبب وهو الدافع[٤].

فالسقوط من يده مضاف إلى السبب، وهو مناولته إياه، فكان هذا سبباً في معـــنى العلة[٥].

* * *

(١) غمز عيون البصائر (١/٤٦٨).

(٢) انظر: أصول السرخسي (٢/٣٠٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٨٧).

(٤) انظر: ترتيب اللآلي لناظرزاده (١/٢٨٥)، غمز عيون البصائر (١/٤٦٨).

(٥) انظر: أصول السرخسي (٢/٣٠٩).

المسألة السادسة: إذا قدم شخص طعاماً مسموماً عالما به إلى آخر فأكله وهو لا يعلم بالحال، فالقاتل هو المُقدِّم[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

تحرير محل النزاع:

إذا قدم شخص طعاماً مسموماً عالماً به، وهذا السم مما يقتل غالباً، فأكله آخر وهو لا يعلم به، فلا خلاف في أن واضع السم هو الجاني[٢]، وإنما اختلفوا في وجوب القصاص على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن فيه القصاص، وهذا قول المالكية[٣]، وقول عند الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: أن فيه دية شبه العمد، وهذا هو القول الأظهر عند الشافعية[٦].

القول الثالث: لا قصاص ولا دية، وإنما يحبس ويعزر، وهذا قول الحنفية[٧].

أدلة القول الأول:

١ – حديث أبي سلمة[٨] ﷺ: (أن رسول الله ﷺ أهدت إليه يهودية بخيبر[٩]،

---

(١) انظر: قواعد ابن رجب (٢/٥٩٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٤٨٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/٢٣٥)، حاشية ابن عابدين (١٠/٨٥)، حاشية الخرشي (٨/١٤٧)، حاشية الدسوقي (٤/٢١٧)، روضة الطالبين (٧/٢٢)، مغني المحتاج (٤/٧)، المغني (١١/٤٥٣)، كشاف القناع (٥/٥٠٨).

(٣) انظر: حاشية الخرشي (٨/١٤٧)، حاشية الدسوقي (٤/٢١٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٢)، مغني المحتاج (٤/٧).

(٥) انظر: المغني (١١/٤٥٣)، كشاف القناع (٥/٥٠٨).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٢)، مغني المحتاج (٤/٧).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٧/٢٣٥)، حاشية ابن عابدين (١٠/٨٥).

(٨) أبو سلمة عبد الله بن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم المخزومي من السابقين الأولين إلى الإسلام، أخو النبي ﷺ من الرضاعة، هاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة وشهد بدراً ومات بعدها بأشهر. انظر: سير أعلام النبلاء (١/١٥٠)، الإصابة في تمييز الصحابة (٤/٩٥).

(٩) ناحية على ثمان برد شمال المدينة النبوية، وقعت فيها غزوة خيبر، وهي الآن محافظة تابعة للمدينة النبوية. انظر: معجم البلدان (٢/٤١٠)، معجم معالم الحجاز (٣/١٧٠).

شاة مَصْلِيَّة[١]، فمات بشر بن البراء بن معرور الأنصاري[٢]، فأرسل إلى اليهودية ما حملك على الذي صنعت؟، فأمر بها رسول الله ﷺ فقتلت)[٣].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أمر بقتل المرأة لأنها قدمت الشاة مسمومة فمات فيها بشر بن البراء رضي الله عنهما.

٢ – أن وضع السم في الطعام يقتل غالباً، ويتخذ طريقاً إلى القتل كثيراً، فأوجب القصاص، كما لو أكرهه على شربه[٤].

دليل القول الثاني:

١ – أنه أكله مختاراً، فلم يؤثر تغريره، وإنما عليه الدية، لأن هذا من شبه العمد[٥].

دليل القول الثالث:

١ – أن المجني عليه هو الذي قتل نفسه بتناول الطعام باختياره، ولكن يعزر الجاني لأنه ارتكب جناية ليس لها حد مقدر[٦].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لحديث أبي سلمة رضي الله عنه فإن النبي ﷺ أمر بقتل اليهودية التي وضعت السم في الشاة، ولأن الجاني تعمد القتل بما يقتل غالباً.

---

(١) مصلية: مشوية. انظر: النهاية في غريب الحديث (٣/٥٠).

(٢) بشر بن البراء بن معرور بن صخر بن سنان الأنصاري الخزرجي، شهد العقبة مع أبيه وشهد بدراً وما بعدها، ومات بعد خيبر بأكلة أكلها مع النبي ﷺ من الشاة التي سم فيها.
انظر: سير أعلام النبلاء (١/٢٦٩)، الإصابة في تمييز الصحابة (١/١٥٥).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الديات، باب فيمن سقى رجلاً سماً أو أطعمه فمات يقاد منه، رقم (٤٥١١)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الجنايات، باب من سقى رجلاً سماً (٨/٤٦)، قال الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود، رقم (٤٥١١): «حسن صحيح».

(٤) انظر: المغني (١١/٤٥٤).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٢)، نهاية المحتاج (٧/٢٥٤).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٧/٢٣٥).

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا قدم شخص طعاماً مسموماً عالماً به، فأكله آخر وهو لا يعلم بالحال، فالقاتل هو المقدِّم؛ لأنه متسبب وعليه القصاص مع أن الآكل هو المباشر، وكان بمقتضى قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، أن لا يقتص من المقدِّم، لأنه متسبب غير مباشر، إلا أن الجمهور قالوا: إن عليه القصاص، وبهذا فإن المسألة مستثناة من القاعدة.

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة ذكرها ابن رجب من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"[1].

والسبب في ذلك أن قيد القاعدة لم يتحقق وهو: أن لا تكون المباشرة مبنية على السبب. وفي هذه المسألة المباشرة مبنية على السبب.

قال ابن رجب: «القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة: إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب؛ إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة أو غير ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية؛ استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان؛ شاركت السبب في الضمان فالأقسام ثلاثة: .... ومن صور القسم الثاني مسائل: منها: إذا قدم إليه طعاماً مسموماً عالماً به، فأكله وهو لا يعلم بالحال؛ فالقاتل هو المقدِّم، وعليه القصاص أو الدية»[2]، فالمباشرة مبنية على السبب والسبب فيه عدوان، فيجب القصاص على المتسبب، فتقديم المباشرة مقيدة إذا لم تكن مبنية على السبب، فإذا كانت مبنية على السبب وفيه عدوان فإن المباشرة لا تقدم، وبهذا يتبين أن قيد القاعدة لم يتحقق في المسألة.

---

(١) انظر: القواعد (٥٩٧/٢ – ٥٩٩).

(٢) المرجع السابق.

المسألة السابعة: إذا قتل الجلاد شخصاً بأمر الإمام ظلماً، وهو جاهل، فالضمان على الإمام[١].

المقصد الأول: حكم المسألة:

إذا أمر الإمام رجلاً بقتل رجل ظلماً و لم يعلم المأمور بالظلم، فقتله، فهل القصاص على المأمور أو على الآمر؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن القصاص على الإمام ولا قصاص على المأمور، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

القول الثاني: أن القصاص عليهما معاً، وهذا قول المالكية[٥].

القول الثالث: لا قصاص على واحد منهما، وإنما تجب الدية على الآمر، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية[٦].

دليل القول الأول:

١ – أن المأمور معذور؛ لوجوب طاعة الإمام في غير معصية، والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٥٣/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٦٣/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٧٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٢٠)، القواعد الفقهية لعزام (٣٥٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٨٣/١).

(٢) انظر: المبسوط (٧٢/٢٤)، اللباب في شرح الكتاب (١٨٠/٣).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٨٧/١٣)، المجموع (٢٧٢/١٧).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٦٠/٢٥، ٦١) كشاف القناع (٥١٠/٥).

(٥) انظر: التاج والإكليل (٣٠٧/٨)، منح الجليل (٣٥٧/٤).

(٦) انظر: المبسوط (٧٢/٢٤)، اللباب في شرح الكتاب (١٨٠/٣).

(٧) انظر: المجموع (٢٧٢/١٧)، الشرح الكبير لابن قدامة (٦١/٢٥).

دليل القول الثاني:

١ – يقتل المباشر؛ لأن الإكراه لا يبيح له قتل مسلم ظلماً، ويقتل الآمر لأن القاتل كالآلة له[١].

دليل القول الثالث:

١ – أن المُكْرَه لم يباشر القتل، وإنما هو سبب فيه كحافر البئر وواضع الحجر، وإنما وجبت الدية في ماله، لأن هذا قتل عمد تحول مالاً والعاقلة لا تعقل العمد، ولا شيء على المأمور لأنه مُكْرَه[٢].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول فالقصاص على الإمام؛ لأن فعل المأمور ينتقل إليه ويصير كالآلة، فكأنه أخذ بيد المأمور وفيها سيف فقتل به، وأما المأمور فإنه معذور بالطاعة؛ لوجوب طاعة ولي الأمر.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا قتل الجلاد شخصاً بأمر الإمام وكان هذا القتل ظلماً والجلاد يجهل بالظلم، فهنا اجتمع سبب ومباشرة، أما مباشرة القتل فهي من الجلاد، وأما سبب القتل فهو الحكم ظلماً، فيكون القصاص على الحاكم في هذه المسألة، وعليه فالمسألة مستثناة من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، لأن مقتضى القاعدة أن يقتص من الجلاد، لأنه مباشر ولكن غلب السبب لقوته، ولأن الجلاد كان كالعصا في يد الإمام فهو مجرد آلة للتنفيذ[٣].

---

(١) انظر: التاج والإكليل (٣٠٧/٨).

(٢) انظر: المبسوط (٧٢/٢٤).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٦٠).

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها السيوطي من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة"[١].

وذلك لأن المباشرة مبنية على السبب، والسبب فيه عدوان، فالضمان على المتسبب[٢].

ولأن الأمر من الإمام وهو في الظاهر لا يأمر إلا بحق، وطاعته واجبة فيما لا يعلم أنه معصية[٣]، ولا شيء على المأمور، لأنه آلة الآمر، ولو ضمنا المأمور لم يتول استيفاء الحدود والقصاص أحد.

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٣٥٣/١).

(٢) انظر: قواعد ابن رجب (٥٩٧/٢).

(٣) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني (٣٦٣/٢).

المسألة الثامنة: إذا أفتاه أهل للفتوى بإتلاف ثم تبين خطؤه، فالضمان على المفتي[1].

المقصد الأول: حكم المسألة:

قد يترتب على فتوى المفتي تصرفات تنفيذية من المستفتي تؤدي إلى إتلاف، فيتلفه المستفتي بناء على هذه الفتوى، فهل يضمن المفتي شيئاً من ذلك؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: أن المفتي يضمن إن لم يكن أهلاً للفتوى، أو خالف دليلاً قاطعاً، أما إن كان أهلاً لها، أو كانت المسألة اجتهادية فإنه لا يضمن، بل الضمان على المستفتي، وهذا قول للحنابلة على الصحيح عندهم[2].

القول الثاني: أن المفتي يضمن إذا كان أهلاً للفتوى والاجتهاد وخالف نصاً قاطعاً من الكتاب أو السنة أو خالف الإجماع.

أما إذا أخطأ فيما لا نص فيه مما يقبل الاجتهاد فلا ضمان عليه، وكذلك إذا لم يكن أهلاً للفتوى والاجتهاد فلا ضمان عليه، وهذا قول كثير من الشافعية[3]، ووجه عند الحنابلة[4].

القول الثالث: أن المفتي يضمن إذا كان مقلداً وتولى الفتوى، ونفذ بنفسه ما أفتى به، أما إذا كان مجتهداً أو لم يتول فعل ما أفتى به فإنه لا يضمن.

وإذا لم يكن من أهل الاجتهاد ولم يتقدم له اشتغال بالعلم فإنه يضمن ويؤدب، وهذا قول المالكية[5].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد (٥٧/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٥٣/١)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية للجرهزي (٣٦٠/٢)، إيضاح القواعد الفقهية للحجي (١٧٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (٣٢٠)، القواعد الفقهية لعزام (٣٥٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٤٨٣/١).

(٢) انظر: الفروع (٢١٩/١١)، الإنصاف (٥٥٤/٢٨).

(٣) انظر: أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (١١١)، روضة الطالبين (٩٤/٨).

(٤) انظر: صفة الفتوى والمفتي والمستفتي لابن حمدان (٣١)، الإنصاف (٥٥٤/٢٨).

(٥) انظر: المعيار المعرب (٤١٣/٢)، حاشية الدسوقي (٢٦٠/٣).

القول الرابع: أن المفتي لا يضمن بأي حال، وهذا قول الحنفية[١]، وبعض الشافعية[٢].

أدلة القول الأول:

١ – حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: (من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن)[٣].

وجه الاستدلال: يقاس المفتي على الطبيب، لأن الحديث يدل على أن الطبيب إذا عرف منه الطب وأخطأ لم يضمن، فكذا المفتي إذا عرف بالعلم والفتوى لم يضمن[٤].

٢ – أن المستفتي غير ملزم بقبول الفتوى، بل هو مخير[٥].

دليل القول الثاني:

١ – أن المفتي إذا كان من أهل الاجتهاد وخالف نصاً فإنه مقصر في البحث والتحري عن الحق الذي أمر الله به فيضمن، وإذا لم يكن من أهل الفتوى والاجتهاد فلا يضمن؛ لأن المستفتي هو الذي قصر وفرط بسؤال من ليس بأهل[٦].

---

(١) انظر: مجمع الضمانات (٧٦٤/٢)، حاشية ابن عابدين (١١٢/٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩٤/٨).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الديات، باب فيمن تطبب بغير علم فأعنت، برقم (٤٥٨٦)، والنسائي في كتاب القسامة، باب صفة شبه العمد رقم (٤٨٣٠)، وابن ماجه في كتاب الطب، باب من تطبب و لم يعلم منه الطب، برقم (٣٤٦٦)، والحاكم في كتاب الطب رقم (٧٤٨٤)، والدارقطني في كتاب الحدود رقم (٣٤٣٨)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب القسامة باب ما جاء فيمن تطبب بغير علم فأصاب نفساً فما دونها، (١٤١/٨)، قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود برقم (٤٥٨٦).

(٤) انظر: إعلام الموقعين (٢٢٦/٤).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (١١١)، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي لابن حمدان (٣١).

دليل القول الثالث:

١ – إذا كان المفتي مجتهداً لا يضمن؛ لأن ذلك مجرد غرور قولي لا ضمان فيه، ويضمن المقلد لأنه مقصر في البحث والتحري[١].

دليل القول الرابع:

١ – أن المفتي متسبب وليس مباشراً، والضمان إنما يكون على المباشر[٢].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – القول الأول لقوة دليله ووضوحه.

المقصد الثاني: بيان وجه دخولها تحت القاعدة:

إذا أفتاه من هو أهل للفتوى بإتلاف ما استفتاه فيه ثم تبين خطؤه، فالضمان على المفتي – عند الشافعية – فقد اجتمع هنا سبب شرعي وهو الفتوى، ومباشرة وهي إتلاف المال، وقدم السبب على المباشرة؛ وكان بمقتضى قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، أن المفتي لا يضمن، لأن الذي باشر الإتلاف هو المستفتي، وعليه فالمسألة مستثناة من القاعدة – على هذا القول – إذا كان المفتي أهلاً للفتوى[٣].

المقصد الثالث: سبب الاستثناء:

هذه المسألة استثناها الزركشي[٤]، والسيوطي[٥]، من قاعدة: "إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة"، والسبب: أن التسبب مترل مترلة المباشرة؛ لأن الإفتاء سبب قوي جداً في الإتلاف ولولاه ما أتلف المال[٦].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٣٩٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٨/٩٤).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٥٩).

(٤) انظر: المنثور في القواعد (١/٥٧).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٥٣).

(٦) انظر: القواعد الفقهية لعزام (٣٥٩).

الخاتمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وعلى آله وصحبه.

أما بعد:

فهذه خاتمة البحث وهي تتضمن أهم ما تم التوصل إليه من نتائج باختصار، بالإضافة إلى التوصيات.

أهم النتائج:

١ – أن موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية من الموضوعات المهمة في جانبه النظري والتطبيقي، ومع هذا فإن الدراسات السابقة في الجانب التطبيقي قليلة، ولذلك كان جديراً بالدراسة والبحث.

٢ – تبين من تمهيد البحث أن القاعدة الفقهية قضية كلية، بمعنى أنه يدخل فيها كل الجزئيات التي تنطبق عليها، وأن الاستثناء لا يقدح في كلية القاعدة؛ لأن هذا من باب الكليات الاستقرائية لا العقلية، والكليات في الاستقرائيات صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات.

٣ – أن الغالب في القواعد الكلية ورود الاستثناء عليها، فقد ظهر من هذا البحث أن خمساً وثلاثين قاعدة كلية استثني منها أكثر من مائة وأربع وخمسين مسألة.

٤ – بعض القواعد الفقهية ما استثني منها من الفروع أكثر مما دخل فيها، وذلك مثل قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، قال السيوطي: «إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها، بل في الحقيقة، لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الإرث».

٥ – أن الاستثناء من القواعد الفقهية يعتبر نوعاً من الفقه يجري فيه ما يجري في الفقه من الاتفاق والخلاف، ولذا ظهر من خلال البحث أن المسائل المستثناة

ترد في الغالب على قول مذهب يخالف بقية المذاهب الأربعة.

٦ - أن الاستثناء عند بعض العلماء قد يطلق على المسائل التي لا تدخل تحت القاعدة، ومن خلال هذا البحث تبين أن ست عشرة مسألة غير داخلة تحت القواعد المستثناة منها.

ومن ذلك ما ذكره السيوطي من استثناء مسألة: "مشروعية اللعان مع وجود البينة على زنا الزوجة"، حيث استثناها من قاعدة: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"، مع أنه لا ضرورة للعان مع وجود البينة على زنا الزوجة.

وما ذكره الخادمي من استثناء المشقة المعتادة من قاعدة: "المشقة تجلب التيسير".

٧ - أن من أسباب الاستثناء هو فقدان شرط من شروط القاعدة، أو قيد من قيودها وهذا كثير أيضاً، حيث تكون صيغة القاعدة محتملة لدخول المسألة المستثناة فيها، ولكن بتأمل ما قيل في شروط القاعدة أو قيودها يظهر أن المسألة المستثناة لم تتوافر فيها شروط القاعدة أو قيودها، ولذلك يحكم باستثنائها، فتكون مستثناة من القاعدة لمشابهتها للقاعدة في صورتها، ولكنها عند التحقيق غير داخلة في القاعدة، ومن خلال هذا البحث تبين أن إحدى عشرة مسألة كان سبب الاستثناء عدم تحقق شروط القواعد فيها، ومن ذلك مسألة: "إذا باع في الصفقة الواحدة حلالاً وحراماً"، فإن السيوطي استثناها من قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، وعند التأمل ظهر أن شرط القاعدة وهو العجز عن إزالة الاشتباه غير متحقق، فإن بالإمكان معرفة الحلال من الحرام في الصفقة.

٨ - أن من أسباب الاستثناء ورود النص، وذلك أن بعض المسائل تكون داخلة في قاعدة ما، ومع ذلك حكم باستثنائها من قاعدتها، ويكون سبب الاستثناء هو ورود نص شرعي فيها بخصوصها منع من إلحاقها بالقاعدة، وهذا كثير فقد استثنيت من القواعد الكلية ثماني عشرة مسألة كان سبب الاستثناء فيها النص من القرآن أو السنة، ومن ذلك مسألة: الجمع بين المضمضة

والاستنشاق بثلاث غرفات أفضل من الفصل بست غرفات، فإن السيوطي استثناها من قاعدة: "ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً"، والسبب في ذلك ما ورد في السنة من جمع النبي ﷺ المضمضة والاستنشاق بغرفة واحدة، يفعل ذلك ثلاثاً.

٩ – أن بعض المسائل تكون داخلة في قاعدة ما، ومع ذلك يحكم باستثنائها من هذه القاعدة بسبب مانع يتمثل في قاعدة أخرى هي بها أولى؛ حيث تتنازع المسألة قاعدتان، فيظهر اندراج المسألة في قاعدة ما، ولكنها تعتبر عند بعض العلماء من مستثنيات القاعدة، لأنه قد نزعتها قاعدة أخرى هي بها أولى، فتكون المسألة مستثناة من القاعدة الأولى بسبب رجحان قاعدة أخرى، وهذا كثير، فقد ظهر لي من خلال هذا البحث ما يقارب خمساً وعشرين مسألة مستثناة من هذا النوع، ومن ذلك مسألة: "إذا شك ماسح الخف في انقضاء المدة، فقد استثنيت من قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، لدخولها تحت قاعدة: "الرخص لا تناط بالشك".

ومسألة: جواز النيابة عن المعضوب في حج الفرض وعدم ذلك في حج النفل فإنها استثنيت من قاعدة: "النفل أوسع من الفرض"؛ لدخولها تحت قاعدة: "الضرورة تقدر بقدرها".

١٠– هناك أسباب أخرى للاستثناء والتي ظهرت من خلال هذا البحث ومن ذلك: الإجماع، والقياس، والعرف، والضرورة، والحاجة، والاحتياط وغيرها.

التوصيات والمقترحات:

١ – أوصي الأخوة الباحثين بإكمال دراسة القواعد الفقهية، ومن ذلك مقومات القواعد من أركان وشروط.

٢ – أوصي الإخوة الباحثين بإكمال دراسة المستثنيات من القواعد الفقهية غير الكلية، والمستثنيات من القواعد الأصولية.

٣ – إذا ما انتهت الخطوط العريضة لهذه المسيرة، أوصي كل باحث بعد ذلك أن يكتفي بقاعدة فقهية واحدة، ويبين ما دخل تحتها من فروع، وما خرج عنها، مستقصياً في ذلك أبواب الفقه المختلفة؛ لأن علماءنا السابقين الذين وضعوا هذه القواعد لم يحصروا ما دخل تحتها من فروع وما خرج عنها، وإنما اكتفوا بالتمثيل لكل قاعدة ببعض الفروع.

هذا آخر ما يسره الله في هذه الخاتمة، وبه يتم البحث.

أسأل الله أن يتقبل هذا العمل، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم إنه سميع مجيب الدعاء، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

* * *

الفهارس العامة

وتشتمل على:

١ - فهرس الآيات القرآنية.

٢ - فهرس الأحاديث النبوية.

٣ - فهرس الآثار.

٤ - فهرس القواعد الفقهية.

٥ - فهرس الفرق والمذاهب.

٦ - فهرس الحدود والمصطلحات.

٧ - فهرس الأماكن والبلدان.

٨ - فهرس الأعلام.

٩ - فهرس المصادر والمراجع.

١٠ - فهرس الموضوعات التفصيلية.

* * *

فهرس الآيات القرآنية[1]

(١) مرتبة على حسب ورودها في المصحف الشريف.

نص الآية	رقم الآية	الصفحة
«سورة البينة»		
﴿ وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعْبُدُواْ ٱللَّهَ مُخْلِصِينَ ...﴾	٥	٦٣
«سورة الكوثر»		
﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾	٢	٥١٩

* * *

فهرس الأحاديث النبوية[1]

[1] مرتبة على حسب الحروف الهجائية.

الحديث	الراوي	الصفحة
إن الله وضع عن أمتي الخطأ	عبد الله بن عباس	١٨٠/١٧٩/١٦٦/ ٢١٥/٢١٤
إن الله يرضى لكم ثلاثاً	أبو هريرة	٦٠٥
أن النبي ﷺ أتي برجل قد شرب	أنس بن مالك	٢٣٥
أن النبي ﷺ أرسل غداة عاشوراء إلى قرى الأنصار	الربيع بنت معوذ	٧٠٦
أن النبي ﷺ أمر بدفن شهداء أحد	جابر بن عبد الله	٣١٣/٣١٢
أن النبي ﷺ حمى النقيع	عبد الله بن عمر	٢٦٤
أن النبي ﷺ ركب حتى أتى الموقف	جابر بن عبد الله	٥٢٤/٥٢٢
أن النبي ﷺ سئل عن الرجل يجد البلل	عائشة	١٠٥
أن النبي ﷺ صلى بأصحابه مرة	سعيد بن المسيب	٦٨٠
أن النبي ﷺ طلق حفصة	أنس بن مالك	٤٢١
أن النبي ﷺ قال في المحرم الذي وقصة ناقته	عبد الله بن عباس	٢٩٥
أن النبي ﷺ قال كف عليك هذا	معاذ بن جبل	٣٨٣
أن النبي ﷺ كان يرفع يديه مع التكبير	وائل بن حجر	٥٦٩/٥٦٨/٥٦٧
أن النبي ﷺ كان يقرأ في العشاء	عبد الله بن بريدة	٥٠٢
أن النبي ﷺ كان يقرأ في صلاة العيد	أبو واقد الليثي	٥٢٠
أن النبي ﷺ كان يقرأ في صلاة الفجر	جابر بن سمرة	٥٠٢
أن النبي ﷺ كان يقرأ في فجر الجمعة	أبو هريرة	٥٠٢
إن النبي ﷺ ما خير بين أمرين	عائشة	١٦٣
أن النبي ﷺ مر بمجلس فيه أخلاط	أسامة بن زيد	٣١٥
أن أم حبيبة استحيضت سبع سنين	عائشة	١١٥
أن حنظلة بن الراهب قتل يوم أحد	عبد الله بن الزبير	٣١٢/٣١١
إن خلق أحدكم يجمع في بطن أمه	عبد الله بن مسعود	٦١
أن رجالاً محتاجين من الأنصار	زيد بن ثابت	٢٠٦/٢٠٣
أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله	عائشة	٣٩٦/٣٩١

الحديث	الراوي	الصفحة
رب قتيل بين الصفين الله أعلم بنيته	عبد الله بن مسعود	٦٤
رفع القلم عن ثلاثة	علي بن أبي طالب	١٧٤/١٧٥/١٧٦/ ١٧٧
ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها	عائشة	٥١٣
الزعيم غارم والدين مقضي	أبو أمامة الباهلي	٣٥٧
سئل النبي ﷺ عن اشتراء التمر بالرطب	سعد بن أبي وقاص	٤٣٣/٤٣٤
سألت رسول الله ﷺ عن الجارية	عائشة	٤٧٨
السلطان ولي من لا ولي له	عائشة	٦٥٤/٦٥٦/٦٥٨/ ٦٦٢
شغلونا عن الصلاة الوسطى	علي بن أبي طالب	٤٩٩
الشفعة كحل العقال	عبد الله بن عمر	٤٦٦
صحبت النبي ﷺ في السفر	عبد الله بن عمر	٥٠٦/٥٠٨
صدقة تصدق الله بها عليكم	عمر بن الخطاب	٥٠٦
صلاة أحدكم في جماعة تزيد على صلاته في بيته	أبو هريرة	٥٣١/٥٥١
صلاة الرجل مع الرجل أزكى من صلاته وحده	أبي بن كعب	٥٤٧
صلاة الليل مثنى مثنى	عبد الله بن عمر	٤٠٧/٤١٠
صلوا أيها الناس في بيوتكم	زيد بن ثابت	٥٥٠
صلى لنا رسول الله ﷺ ركعتين	عبد الله بن بحينة	٥٥٨
على اليد ما أخذت حتى تؤدي	سمرة بن جندب	٦٨/٧٠
عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين	العرباض بن سارية	٣٩٩
عليكم بما تطيقون فوالله لا يمل الله حتى تملوا	عائشة	١٦٣
فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة	معاذ بن جبل	١٧٥
فرضت الصلاة ركعتين فأقرت في صلاة السفر	عائشة	٥٠٦
قال رجل لأتصدقن الليلة بصدقة	أبو هريرة	٦٨٤/٦٨٥
قضى النبي ﷺ بالشفعة	جابر بن عبد الله	٢٢٩
قضى رسول الله ﷺ في جنين بن لحيان	أبو هريرة	٣٣٤

* * *

فهرس الآثار(١)

* * *

(١) مرتبة على حسب الحروف الهجائية.

فهرس القواعد الفقهية(١)

(١) مرتبة على حسب الحروف الهجائية.

فهرس الفرق والمذاهب

* * *

فهرس الحدود والمصطلحات[1]

(١) مرتبة على حسب الحروف الهجائية.

فهرس الأماكن والبلدان[1]

* * *

(١) مرتبة على حسب الحروف الهجائية.

فهرس الأعلام المترجم لهم[1]

(١) مرتبة على حسب الحروف الهجائية.

* * *

فهرس المصادر والمراجع[1]

(١) الإجماع: تأليف أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر (ت٣١٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٨هـ.

(٢) أحكام القرآن: تأليف أبي بكر أحمد بن علي الجصاص (ت٣٧٠هـ)، المطبعة البهية المصرية، ١٣٤٧هـ.

(٣) أحكام القرآن: تأليف أبي بكر محمد بن عبد الله، المعروف بابن العربي (ت ٥٤٣هـ)، تحقيق: هشام البخاري، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٤١٦هـ.

(٤) الإحكام في أصول الأحكام: تأليف أبي الحسن علي بن محمد بن سالم الآمدي (ت ٦٣١هـ)، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي رحمه الله، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٢هـ.

(٥) الإحكام في أصول الأحكام: تأليف أبي محمد علي بن أحمد بن حزم (ت٤٥٦هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٠هـ.

(٦) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: تأليف شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي (ت٦٨٤هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٣٨٧هـ.

(٧) الاختيار لتعليل المختار: تأليف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت٦٨٣هـ)، تحقيق: علي أبو الخير ومحمد سليمان، دار الخير، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ.

(٨) الآداب الشرعية: تأليف أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي (ت٧٦٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعمر القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤١٧هـ.

(٩) أدب القاضي: تأليف أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت٤٥٠هـ)، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩١هـ.

(١٠) أدب القضاء: تأليف شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم (ت٦٤٢هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ.

---

(١) مرتبة على حسب الحروف الهجائية.

(١١) أدب المفتي والمستفتي: تأليف الحافظ أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح (ت٦٤٣هـ)، تحقيق: الدكتور موفق بن عبد الله بن عبدالقادر، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط (٢)، ١٤٢٣هـ.

(١٢) إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك: تأليف شهاب الدين عبدالرحمن بن محمد بن عسكر المالكي البغدادي (ت٧٣٢هـ)، المكتبة الثقافية، بيروت.

(١٣) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: تأليف محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، تحقيق: الدكتور شعبان بن إسماعيل، المكتبة التجارية، ط (١)، ١٤١٣هـ.

(١٤) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: تأليف المحدث الشيخ محمد ناصر الدين الألباني رحمه الله (ت١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٣٩٩هـ.

(١٥) الاستثناء عند الأصوليين: تأليف الدكتور أكرم بن محمد أوزيقان، دار المعراج الدولية للنشر، الرياض، ط (١)، ١٤١٦هـ.

(١٦) الاستثناء من القواعد الفقهية (أسبابه وآثاره): تأليف الدكتور عبد الرحمن بن عبدالله الشعلان، عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط (١)، ١٤٢٦هـ.

(١٧) أسد الغابة في معرفة الصحابة: تأليف أبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني المعروف (بابن الأثير) (ت٦٣٠هـ)، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، (ب ت).

(١٨) الإسعاف في أحكام الأوقاف: تأليف إبراهيم بن موسى الطرابلسي (ت٩٢٢هـ)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط (١)، ١٤١٦هـ.

(١٩) أسنى المطالب شرح روض الطالب: تأليف زكريا الأنصاري (ت٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة (ب ت).

(٢٠) أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك: تأليف أبي بكر بن حسن الكشناوي، المكتبة العصرية، بيروت، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

(٢١) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: تأليف جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت٩١١هـ)، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ.

(٢٢) الأشباه والنظائر: تأليف الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ.

(٢٣) الأشباه والنظائر: تأليف زين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم الحنفي (ت٩٧٠هـ)، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، ج (١)، ١٤١٨هـ.

(٢٤) الأشباه والنظائر: تأليف محمد بن عمر بن مكي المعروف بابن الوكيل، (ت ٧١٦هـ)، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٢٣هـ.

(٢٥) الإشراف على مذاهب العلماء: تأليف أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت٣١٨هـ)، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، نشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط (١)، ١٤٢٨هـ.

(٢٦) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: تأليف أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط (١)، ١٤٢٠هـ.

(٢٧) الإصابة في تمييز الصحابة: للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، المعروف بابن حجر (ت ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت (ب ت).

(٢٨) أصول السرخسي: تأليف أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠هـ)، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٤هـ.

(٢٩) أصول الفقه: تأليف محمد أبي زهرة (ت١٣٩٤هـ)، دار الفكر العربي، القاهرة.

(٣٠) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: تأليف أبي بكر بن محمد شطا الدمياطي (ت١٣٠٢هـ)، اعتنى به: محمد أبو فيصل عاشور، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٢٢هـ.

(٣١) الاعتناء في الفرق والاستثناء: تأليف محمد بن أبي سليمان البكري، ت بعد ٨٠٦هـ، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ.

(٣٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين: تأليف شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف (بابن القيم الجوزية) (ت٧٥١هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، (ب ت).

(٣٣) الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين: لخير الدين بن محمود بن محمد الزركلي الدمشقي (ت١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، بيروت، ط (٧)، ١٩٧٩م.

(٣٤) الإقناع لطالب الانتفاع: تأليف شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي (ت٩٦٨هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي، دار هجر، ط (١)، ١٤١٨هـ.

(٣٥) الإكليل في استنباط التنزيل: تأليف جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت٩١١هـ)، تحقيق: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٥هـ.

(٣٦) الأم: للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي (ت٢٠٤هـ)، دار الشعب، مصر، ١٣٨٨هـ.

(٣٧) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: تأليف علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (ت٨٨٥هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي، دار هجر، مصر، ط (١)، ١٤١٥هـ.

(٣٨) أنوار البروق في أنواء الفروق (المشهور بالفروق): للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي (ت٦٨٤هـ)، ضبط وتصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٨هـ.

(٣٩) الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف: تأليف أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت٣١٨هـ)، تحقيق: الدكتور صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة، الرياض، ط (٢)، ١٤١٤هـ.

(٤٠) إيضاح أقوى المذهبين في مسألة رفع اليدين: تأليف أبي حفص عمر بن عيسى الباريني (ت٧٦٤هـ)، تحقيق: الدكتور عبد العزيز مبروك الأحمدي، نشر وتوزيع دار البخاري، المدينة، ط (١)، ١٤١٢هـ.

(٤١) إيضاح القواعد الفقهية: تأليف الشيخ عبد الله بن سعيد الحجي (ت١٤١٠هـ)، عناية الدكتور أحمد الحداد، دار الضياء للنشر والتوزيع، ١٤٢٧هـ.

(٤٢) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك: تأليف أحمد بن يحيى الونشريسي (ت٩١٤هـ)، تحقيق: الصادق الغرياني، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، ولجنة الحفاظ على التراث الإسلامي، طرابلس، ط (١)، ١٩٩١م.

(٤٣) البحر الرائق شرح كتر الدقائق: تأليف زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط (٣)، ١٤١٣هـ.

(٤٤) البحر الزخار المعروف بمسند البزار: تأليف أبي بكر أحمد بن عمر البزار (ت٢٩٢هـ)، تحقيق: الدكتور محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط (١)، ١٤٠٩هـ.

(٤٥) البحر المحيط في أصول الفقه: تأليف بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (ت٧٩٤هـ)، قام بتحريره: الدكتور عمر الأشقر، راجعه: الدكتور عبد الستار أبو غدة، والدكتور محمد الأشقر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ط (٢)، ١٤١٣هـ.

(٤٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: تأليف علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (ت٥٨٧هـ)، شركة المطبوعات العلمية، مصر، ط (١)، ١٣٢٧هـ.

(٤٧) بدائع الفوائد: للإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، ابن قيم الجوزية، تحقيق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، ط (١)، ١٤٢٥هـ.

(٤٨) بداية المجتهد وهاية المقتصد: تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (ت٥٩٥هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، ط (١)، ١٤٠٩هـ.

(٤٩) بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير: تأليف أحمد الصاوي (ت١٢٤١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٥هـ.

(٥٠) بلوغ المرام من أدلة الأحكام: تأليف الحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، تحقيق: سمير الزهيري، دار أطلس للنشر والتوزيع، الرياض، ط (٣)، ١٤٢١هـ.

(٥١) البناية في شرح الهداية: لأبي محمد محمود بن أحمد العيني (ت٨٥٥هـ)، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٤١١هـ.

(٥٢) بهجة الناظرين إلى تراجم المتأخرين من الشافعية البارعين: تأليف أبي البركات محمد بن أحمد الغزي (ت٨٦٤هـ)، ضبط النص وعلق عليه: عبد الله الكندري، دار ابن حزم، بيروت، ط (١)، ١٤٢١هـ.

(٥٣) البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار المعرفة، بيروت، ط (٣)، ١٣٩٧هـ.

(٥٤) بيان الدليل على بطلان التحليل: تأليف شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت٧٢٨هـ)، تحقيق: الدكتور فيحان المطيري، مكتبة لينة للنشر والتوزيع، مصر، ط (٢)، ١٤١٦هـ.

(٥٥) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب في أصول الفقه: تأليف شمس الدين محمود ابن عبد الرحمن الأصبهاني (ت٧٤٩هـ)، تحقيق: الدكتور محمد مظهر بقا، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، ط (١)، ١٤٠٦هـ.

(٥٦) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي (الجَدّ) (ت٥٢٠هـ)، تحقيق: الأستاذ أحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٨هـ.

(٥٧) تاج التراجم: تأليف أبي الفداء زين الدين قاسم السودوني (ت٨٧٩هـ)، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط (١)، ١٤١٣هـ.

(٥٨) تاج العروس من جواهر القاموس: تأليف محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت١٢٠٥هـ)، تحقيق: إبراهيم الترزي، دار الجيل، ١٣٩٢هـ.

(٥٩) التاج والإكليل بحاشية مواهب الجليل: تأليف أبي عبد الله محمد بن يوسف المواق (ت٨٩٧هـ)، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٦هـ.

(٦٠) تأسيس النظر: تأليف أبي زيد عبيد الله عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي (ت٤٣٠هـ)، تحقيق: مصطفى محمد القباني، دار بن زيدون، بيروت، (ب ت).

(٦١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: تأليف برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي (ت٧٩٩هـ)، خرج أحاديثه: الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٦هـ.

(٦٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: تأليف جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت٧٦٢هـ)، دار الكتاب الإسلامي (ب ت).

(٦٣) تحفة الفقهاء: تأليف علاء الدين السمرقندي (ت٥٣٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، توزيع مكتبة عباس الباز، مكة المكرمة، (ب ت).

(٦٤) تحفة المحتاج بشرح المنهاج: لشيخ الإسلام أحمد بن محمد بن علي ابن حجر الهيتمي (ت٩٧٤هـ)، ضبطه وخرج آياته: عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٢٦هـ.

(٦٥) تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في منهاج البيضاوي: تأليف أبي الفضل زين الدين عبد الرحيم العراقي (ت٨٠٦هـ)، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٩هـ.

(٦٦) تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي: تأليف جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٩هـ.

(٦٧) ترتيب اللآلي في سلك الأمالي: تأليف محمد بن سليمان الشهير بناظرزاده (ت بعد ١٠٦١هـ)، تحقيق: خالد بن عبد العزيز السليمان، مكتبة الرشد، ط (١)، ١٤٢٥هـ.

(٦٨) تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة: تأليف الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط (١)، ١٤٢٦هـ.

(٦٩) تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب إيضاح المسالك للونشريسي، وشرح المنهج المنتخب للمنجور: تأليف الدكتور الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي، ط (١)، ١٤٢٣هـ.

(٧٠) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي: تأليف الدكتور محمد وحيد الدين سوار، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط (٢)، ١٩٩٨م.

(٧١) التعريفات: تأليف علي بن محمد بن علي الجُرْجاني (ت٨١٦هـ)، تحقيق: عبدالرحمن عميرة، دار عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ.

(٧٢) تغير الاجتهاد: تأليف الدكتور وهبه الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، ط (١)، ١٤٢٠هـ.

(٧٣) التفريع: تأليف أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري (ت٣٧٨هـ)، تحقيق: الدكتور حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ.

(٧٤) تفسير القرآن العظيم: تأليف أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي (ت٧٧٤هـ)، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، دار طيبة، الرياض، ط (١)، ١٤١٨هـ.

(٧٥) تقريب التهذيب: للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، تحقيق: الدكتور بشار معروف والشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤١٧هـ.

(٧٦) التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام: تأليف ابن أمير الحاج (ت٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ.

(٧٧) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: تأليف أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني، اعتنى به: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، ط (١)، ١٤١٦هـ.

(٧٨) التلويح إلى كشف حقائق التنقيح: تأليف سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني (ت٧٩١هـ)، ضبط وتعليق: محمد عدنان درويش، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ.

(٧٩) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول: تأليف جمال الدين أبي محمد عبد الحليم بن الحسن الإسنوي (ت٧٧٢هـ)، تحقيق: الدكتور محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٣)، ١٤٠٤هـ.

(٨٠) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: تأليف الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري (ت٤٦٣هـ)، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، مكتبة المؤيد، ١٤٠١هـ.

(٨١) تهذيب التهذيب: للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند، ط (١)، ١٣٢٦هـ.

(٨٢) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق للقرافي: تأليف محمد بن حسين المكي المالكي (ت١٣٦٧هـ)، عالم الكتب، بيروت، (ب ت).

(٨٣) تهذيب الكمال في أسماء الرجال: تأليف الحافظ جمال الدين يوسف المقري (ت٧٤٢هـ)، تحقيق: الدكتور بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤٢٢هـ.

(٨٤) التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح: تأليف صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي (ت٧٤٧هـ)، ضبط وتعليق: محمد عدنان درويش، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ.

(٨٥) تيسير التحرير على كتاب التحرير: تأليف محمد أمين المعروف بأميربادشاه (ت٩٧٢هـ)، طبع بمطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٥٠هـ.

(٨٦) تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف: تأليف عبد الرؤوف بن تاج العارفين المناوي الشافعي (ت١٠٣١هـ)، تحقيق: مركز البحوث والدراسات بمكتبة نزار مصطفى الباز، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط (١)، ١٤١٨هـ.

(٨٧) جامع أحكام الصغار: تأليف محمد بن محمود الأسروشني (ت٦٣٢هـ)، تحقيق: عبدالحميد عبد الخالق، اللجنة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر للهجرة، (ب ت).

(٨٨) جامع البيان عن تأويل آي القرآن: تأليف أبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت٣١٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، ط (١)، ١٤٢٢هـ.

(٨٩) جامع الترمذي: للإمام الحافظ أبي عيسى محمد بن سَوْرة الترمذي (ت٢٧٩هـ)، تحقيق: عدة أشخاص منهم العلامة أحمد شاكر رحمه الله للجزئين الأولين، دار الكتب العلمية، بيروت، (ب ت).

(٩٠) جامع العلوم والحكم: تأليف زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي الشهير بابن رجب (ت٧٩٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، ط (٨)، ١٤١٩هـ.

(٩١) جامع الفرق والمذاهب الإسلامية: تأليف أمير مهنا وعلي خريس، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط (١)، ١٩٩٢م.

(٩٢) الجامع لأحكام القرآن: تأليف أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت٦٧١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣هـ.

(٩٣) الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي: تأليف محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٨م.

(٩٤) جواهر الإكليل شرح مختصر خليل: تأليف صالح بن عبد السميع الأزهري، دار الفكر، بيروت، (ب ت).

(٩٥) الجواهر المضية في طبقات الحنفية: لمحيي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد القرشي الحنفي (ت٧٧٥هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار العلوم، الرياض، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م.

(٩٦) حاشية الجمل على شرح المنهج: تأليف سليمان الجمل (ت١٢٠٤هـ)، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، (ب ت).

(٩٧) حاشية الخرشي على مختصر خليل: تأليف محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي (ت١١٠١هـ)، اعتنى به: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ.

(٩٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: تأليف الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي (ت١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت، (ب ت).

(٩٩) حاشية الرملي: تأليف أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي (ت٩٥٧هـ)، بهامش أسنى المطالب شرح روض الطالب، تحرير محمد بن أحمد الشوبري، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.

(١٠٠) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي (ت١٣٩٣هـ)، ط (١٠)، ١٤٢٥هـ.

(١٠١) حاشية العدوي على الخرشي: تأليف علي بن أحمد العدوي (ت١١١٢هـ)، اعتنى به: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ.

(١٠٢) حاشية العطار على جمع الجوامع: تأليف حسن العطار (ت١٢٥٠هـ)، على شرح جلال المحلى (ت٨٦٤هـ)، على جمع الجوامع للإمام ابن السبكي (ت٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت (ب ت).

(١٠٣) حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج: تأليف شهاب الدين أحمد القليوبي (ت١٠٦٩هـ)، وأحمد البرلسي المصري الملقب بعميرة (ت٩٥٧هـ)، دار إحياء الكتب العربية، مصر، (ب ت).

(١٠٤) الحاوي الكبير: للإمام أبي الحسن علي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، تحقيق: الدكتور محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ.

(١٠٥) الحدود في الأصول: تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت٤٧٤هـ)، تحقيق: نزيه حماد، دار الآفاق العربية، ط (١)، ١٤٢٠هـ.

(١٠٦) حكم الإنكار في مسائل الخلاف: تأليف الدكتور فضل إلهي، نشر إدارة ترجمان الإسلام، باكستان، ط (١)، ١٤١٧هـ.

(١٠٧) حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج: للشيخ عبدالحميد الشرواني، والشيخ أحمد بن قاسم العبادي (ت٩٩٢هـ)، دار صادر، بيروت، (ب ت).

(١٠٨) خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي: تأليف الدكتور عبد الله بن محمد الطيار، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط (١)، ١٤٠٠هـ.

(١٠٩) دراسة موجزة عن مجلة الأحكام العدلية: تأليف الدكتور شامل الشاهين، دار غار حراء، دمشق، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

(١١٠) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: تأليف علي حيدر (ت١٣٢١هـ)، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، (ب ت).

(١١١) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: تأليف ابن فرحون المالكي (ت٧٩٩هـ)، تحقيق: الدكتور محمد الأحمدي، مكتبة دار التراث، القاهرة، (ب ت).

(١١٢) الذخيرة: تأليف أحمد بن إدريس القرافي (ت٦٨٤هـ)، تحقيق: الأستاذ سعيد أعراب، ومحمد أبو خبزة، ومحمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٩٩٤م.

(١١٣) الذيل على طبقات الحنابلة: تأليف أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (ت٧٩٥هـ)، تصحيح: محمد حامد الفقي، طبع: مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٧٢هـ.

(١١٤) الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة: تأليف الدكتور عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي، دار طيبة، ط (١)، ١٤٢٠هـ.

(١١٥) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (المشهور بحاشية ابن عابدين): لشيخ المحققين محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين (ت١٣٠٦هـ)، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ.

(١١٦) رسالة الكرخي في الأصول (مطبوعة مع تأسيس النظر): تأليف أبي الحسن عبيد الله ابن الحسين الكرخي (ت٣٤٠هـ)، تحقيق: مصطفى محمد القباني، دار ابن زيدون، بيروت (ب ت).

(١١٧) الروض المربع شرح زاد المستقنع: تأليف منصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، مطبعة السعادة، نشر مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠هـ.

(١١٨) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، تحقيق: الشيخ عادل عبد الموجود والشيخ علي معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ.

(١١٩) زاد المعاد في هدي خير العباد: تأليف أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي المعروف بابن القيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢٥)، ١٤١٢هـ.

(١٢٠) الزواجر عن اقتراف الكبائر: تأليف أبي العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت٩٧٤هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٢هـ.

(١٢١) سبل السلام شرح بلوغ المرام: تأليف محمد بن إسماعيل الصنعاني (ت١١٨٢هـ)، تحقيق: إبراهيم عصر، دار زمزم، الرياض، ط (٨)، ١٤١٤هـ.

(١٢٢) السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة: تأليف محمد بن عبد الله بن حميد النجدي المكي (ت١٢٩٥هـ)، تحقيق: الشيخ بكر أبو زيد، والدكتور عبد الرحمن العثيمين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤١٦هـ.

(١٢٣) سد الذرائع عند شيخ الإسلام ابن تيمية: تأليف إبراهيم بن مهنا المهنا، دار الفضيلة، الرياض، ١٤٢٤هـ.

(١٢٤) سلسلة الأحاديث الصحيحة: تأليف الشيخ محمد بن ناصر الدين الألباني (ت١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٥هـ.

(١٢٥) سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة: تأليف الشيخ محمد بن ناصر الدين الألباني (ت١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط (٢)، ١٤٢٠هـ.

(١٢٦) سنن ابن ماجه: للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن عبد الله ابن ماجه القزويني (ت٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي رحمه الله، دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٥هـ.

(١٢٧) سنن أبي داود: للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت٢٧٥هـ)، مراجعة وضبط وتعليق: عزت عبيد دعاس، دار الحديث، سوريا، ط (١)، ١٣٨٨هـ.

(١٢٨) سنن الدارقطني: للإمام الحافظ أبي الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني (ت٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

(١٢٩) السنن الكبرى: للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت٤٥٨هـ)، دار الفكر، بيروت، (ب ت).

(١٣٠) سير أعلام النبلاء: للإمام شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (ت٧٤٨هـ)، أشرف على تحقيق: الكتاب وخرج أحاديثه: عدة أشخاص بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، بيروت، ط (٧)، ١٤١٠هـ.

(١٣١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: تأليف محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، (ب ت).

(١٣٢) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: تأليف الشيخ محمد بن محمد مخلوف، (ت١٣٦٠هـ)، اعتنى به: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

(١٣٣) شذرات الذهب في أخبار من ذهب: تأليف أبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي (ت١٠٨٩هـ)، منشورات دار الأوقاف الجديدة، بيروت، (ب ت).

(١٣٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل: للعلامة عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (ت١٠٩٩هـ)، دار الفكر، بيروت، (ب ت).

(١٣٥) شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: تأليف شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي (ت٧٧٢هـ)، تحقيق: الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، ط (١)، ١٤١٠هـ.

(١٣٦) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: تأليف أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير (ت١٢٠١هـ)، تحقيق: الدكتور مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، (ب ت).

(١٣٧) شرح القواعد الفقهية: تأليف الشيخ أحمد الزرقاء (ت١٣٥٧هـ)، نسقه وراجعه وصححه: الدكتور عبد الستار أبو غده، دار القلم، دمشق، ط (٦)، ١٤٢٢هـ.

(١٣٨) الشرح الكبير شرح الوجيز: لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي (ت٦٢٣هـ)، تحقيق: الشيخ علي معوض والشيخ عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ.

(١٣٩) الشرح الكبير: لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشهير بالدردير (ت١٢٠١هـ)، (مطبوع مع "حاشية الدسوقي" الذي مر ذكره).

(١٤٠) الشرح الكبير: لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي (ت٦٨٢هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي، دار هجر، مصر، ط (١)، ١٤١٥هـ.

(١٤١) شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير: تأليف الشيخ محمد بن أحمد بن عبدالعزيز الفتوحي الحنبلي المعروف (بابن النجار) (ت٩٧٢هـ)، تحقيق: الدكتور محمد الزحيلي، والدكتور نزيه حماد، مكتبة العبيكان، ١٤١٨هـ.

(١٤٢) شرح المجلة: تأليف سليم رستم باز اللبناني (ت١٣٣٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٣)، (ب ت).

(١٤٣) شرح المجلة: تأليف محمد خالد الأتاسي (ت١٣٢٦هـ)، وابنه محمد طاهر الأتاسي، طبع: مطبعة حمص، ١٣٤٩هـ، مع ملاحظة أن شارح قواعد المجلة هو الابن.

(١٤٤) الشرح الممتع على زاد المستقنع: تأليف الشيخ محمد بن صالح العثيمين (ت١٤٢١هـ)، اعتنى به: الدكتور سليمان أبا الخيل، والدكتور خالد المشيقح، مؤسسة آسام، الرياض، ط (٤)، ١٤١٦هـ.

(١٤٥) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: تأليف أحمد بن علي المنجور (ت٩٩٥هـ)، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، مكة المكرمة، ط (١)، ١٤٢٣هـ.

(١٤٦) شرح صحيح مسلم: تأليف الإمام محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، نشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، (ب ت).

(١٤٧) شرح كتاب السير الكبير: لمحمد بن الحسن الشيباني، تأليف محمد بن أحمد السرخسي (ت٤٨٣هـ)، تحقيق: عبد العزيز أحمد، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية، ١٩٧٢م.

(١٤٨) شرح معاني الآثار: للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الطحاوي (ت٣٢١هـ)، حققه وعلق عليه: محمد سيد جاد الحق، مطبعة الأنوار المحمدية، القاهرة، ١٣٨٦هـ.

(١٤٩) شرح منتهى الإرادات: للشيخ منصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤٢١هـ.

(١٥٠) الشك أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي: تأليف الدكتور إبراهيم محمد الجوارنة، دار النفائس، الأردن، ط (١)، ١٤٢٦هـ.

(١٥١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطا، دار العلم للملايين، بيروت، ط (١)، ١٣٧٦هـ.

(١٥٢) صحيح مسلم: للإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي رحمه الله، المكتبة الإسلامية، استانبول.

(١٥٣) صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته: تأليف الشيخ محمد بن ناصر الدين الألباني (ت١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي، دمشق (ب ت).

(١٥٤) صحيح وضعيف سنن ابن ماجه: تأليف الشيخ محمد بن ناصر الألباني (ت١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط (١)، ١٤١٧هـ.

(١٥٥) صحيح وضعيف سنن أبي داود: تأليف الشيخ محمد بن ناصر الألباني (ت١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط (٢)، ١٤٢١هـ.

(١٥٦) صحيح وضعيف سنن الترمذي: تأليف الشيخ محمد بن ناصر الألباني (ت١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط (١)، ١٤٢٠هـ.

(١٥٧) صحيح وضعيف سنن النسائي: تأليف محمد بن ناصر الألباني (ت١٤٢٠هـ)، مكتبة التربية العربي لدول الخليج، ط (١)، ١٤٠٩هـ.

(١٥٨) صفة الفتوى والمفتي والمستفتي: تأليف أحمد بن حمدان الحراني (ت٦٩٥هـ)، خرج أحاديثه: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (٣)، ١٣٩٧هـ.

(١٥٩) الضرر في الفقه الإسلامي: تأليف الدكتور أحمد موافي، دار ابن عفان، الخبر، ط (١)، ١٤١٨هـ.

(١٦٠) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي: تأليف الدكتور محمد أحمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط (١)، ١٤١٤هـ.

(١٦١) ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية: تأليف أحمد بخيت الغزالي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط (٢)، ١٤٢٢هـ.

(١٦٢) الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: تأليف شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (ت٩٠٢هـ)، دار الجيل، بيروت (ب ت).

(١٦٣) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: تأليف الدكتور محمد سعيد البوطي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٥)، ١٤١٠هـ.

(١٦٤) طبقات الحنابلة: للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى (ت٤٥٨هـ)، بإشراف محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، (ب ت).

(١٦٥) الطبقات السنية في تراجم الحنفية: تأليف تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري الغزي (ت١٠١٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح الحلو، دار الرفاعي للنشر والطباعة، الرياض، ط (١)، ١٤٠٣هـ .

(١٦٦) طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٧١هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح الحلو، والدكتور محمود الطناحي، دار هجر، مصر، ط (٢)، ١٤١٣هـ.

(١٦٧) طبقات الشافعية: تأليف أبي بكر أحمد بن محمد بن قاضي شهبة الدمشقي (ت٨٥١هـ)، اعتنى به: الدكتور الحافظ عبد العليم خان، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد، الهند، ط (١)، ١٣٩٩هـ.

(١٦٨) طبقات الشافعية: لجمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي (ت٧٧٢هـ)، تحقيق: عبد الله الجبوري، رئاسة ديوان الأوقاف، إحياء التراث الإسلامي، بغداد، مطبعة الإرشاد، ط (١)، ١٣٩١هـ.

(١٦٩) طبقات الفقهاء الشافعية: تأليف أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري المعروف بابن الصلاح (ت٦٤٣هـ)، تحقيق: محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط (١)، ١٤١٣هـ.

(١٧٠) الطبقات الكبرى: تأليف محمد بن سعد بن منيع البصري (ت٢٣٠هـ)، دار صادر، بيروت، نشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، (ب ت).

(١٧١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: تأليف أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، اعتنى به: أحمد الزعبي، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ.

(١٧٢) العدة في أصول الفقه: تأليف القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي (ت٤٥٨هـ)، تحقيق: الدكتور أحمد سير المباركي، ط (٣)، ١٤١٤هـ.

(١٧٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء: تأليف أحمد فهمي أبو سنة، ط (٢)، ١٤١٢هـ.

(١٧٤) علم القواعد الشرعية: تأليف الدكتور نور الدين مختار الخادمي، مكتبة الرشد، ط (١)، ١٤٢٦هـ.

(١٧٥) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري: تأليف بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني (ت٨٥٥هـ)، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.

(١٧٦) العناية على الهداية: للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (ت٧٨٦هـ)، (مطبوع مع "فتح القدير")، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، ط (١)، ١٣٨٩هـ.

(١٧٧) عون المعبود شرح سنن أبي داود: تأليف أبي الطيب محمد بن علي آبادي، (١٣٢٩هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد عثمان، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، ط (٢)، ١٣٨٨هـ.

(١٧٨) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر: تأليف أحمد بن محمد الحموي (ت١٠٩٨هـ)، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ.

(١٧٩) الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: لخير الدين المنيف، جمع: إبراهيم بن سليمان بن محمد بن عبد العزيز، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، ١٩٧٤م.

(١٨٠) الفتاوى الكبرى: تأليف أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت٧٢٨هـ)، دار الكتب الحديثة، مصر، (ب ت).

(١٨١) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: جمع: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، طبع رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، ط (٢)، ١٤٢١هـ.

(١٨٢) الفتاوى الهندية (المسماة بالفتاوى العالمكيرية): للشيخ نظام وجماعة في علماء الهند الأعلام، المكتبة الإسلامية، تركيا، ط (٣)، ١٣٩٣هـ.

(١٨٣) فتاوى قاضي خان بهامش الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: دار الفكر، ١٤١١هـ.

(١٨٤) فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري: تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، اعتنى به: محمد فؤاد عبد الباقي (١٤٢٠هـ)، المكتبة السلفية، (ب ت).

(١٨٥) فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير: تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الرحمن عميرة، دار الوفاء، المنصورة، ط (١)، ١٤١٥هـ.

(١٨٦) فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي (ت ٨٦١هـ)، (وهو شرح لكتاب "الهداية" للمَرْغيناني)، مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط (١)، ١٣٨٩هـ.

(١٨٧) فتح المبين بشرح الأربعين: تأليف أحمد بن حجر الهيتمي (ت ٩٧٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٨هـ.

(١٨٨) الفتح المبين في طبقات الأصوليين: تأليف عبد الله مصطفى المراغي، طبع ونشر عبدالحميد أحمد حنفي، مصر، (ب ت).

(١٨٩) فتح المغيث بشرح ألفية الحديث: تأليف شمس الدين بن أبي الخير محمد بن عبدالرحمن السخاوي (ت ٩٠٢هـ)، تحقيق: علي حسين علي، دار الإمام الطبري، ط (٢)، ١٤١٢هـ.

(١٩٠) الفروع: لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، (٧٦٣هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

(١٩١) فقه السنة: للشيخ سيد سابق (ت ١٤٢٠هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (٣)، ١٣٩٧هـ.

(١٩٢) الفوائد البهية في تراجم الحنفية: تأليف محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي (ت ١٢٠٤هـ)، اعتنى به: أحمد الزعبي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ.

(١٩٣) الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية: تأليف محمد ياسين الفاداني المكي (ت ١٤١٠هـ)، اعتنى به: رمزي دمشقية، دار البشائر الإسلامية، ط (٢)، ١٤١٧هـ.

(١٩٤) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت: تأليف عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري الهندي (ت ١٢٢٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ.

(١٩٥) الفواكه الدواني على رسالة أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري (ت١١٢٠هـ)، مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط (٣)، ١٣٧٤هـ، ١٩٥٥م.

(١٩٦) قاعدة الأمور بمقاصدها "دراسة نظرية وتأصيلية": تأليف الدكتور يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط (١)، ١٤١٩هـ.

(١٩٧) القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول: تأليف محمود مصطفى عبود هرموش، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٠٦هـ.

(١٩٨) قاعدة المشقة تجلب التيسير: تأليف الدكتور يعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

(١٩٩) قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور: تأليف إيمان عبد الله عبد الحميد الهادي، دار الكيان، الرياض، ط (١)، ١٤٢٧هـ.

(٢٠٠) قاعدة اليقين لا يزول بالشك: تأليف الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، نشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ط (٢)، سنة ١٤٢١هـ.

(٢٠١) قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي: تأليف محمود بن حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، ١٤١٧هـ.

(٢٠٢) القاموس المحيط: تأليف مجد الدين الفيروزآبادي (ت٨١٧هـ)، مطبعة السعادة بمصر، (ب ت).

(٢٠٣) قواطع الأدلة في أصول الفقه: تأليف أبي المظفر منصور بن محمد السمعاني (ت٤٨٩هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن حافظ الحكمي، ط (١)، ١٤١٩هـ.

(٢٠٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: تأليف أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبدالسلام السلمي (ت٦٦٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (ب ت).

(٢٠٥) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف: تأليف الدكتور محمد الروكي، دار القلم بدمشق، ط (١)، ١٤١٩هـ.

(٢٠٦) القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي: تأليف الدكتور محمد الزحيلي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، (ب ت).

(٢٠٧) القواعد الفقهية في بابي العبادات والمعاملات من خلال كتاب المغني للموفق ابن قدامة: تأليف الدكتور عبد الله بن عيسى العيسى، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام ١٤٠٩هـ.

(٢٠٨) القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة: تأليف الدكتور عبد الواحد الإدريسي، دار ابن القيم، الدمام، ط (١)، ١٤٢٥هـ.

(٢٠٩) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: تأليف الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر بدمشق، ط (١)، ١٤٢٧هـ.

(٢١٠) القواعد الفقهية: تأليف الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط (٣)، ١٤٢٤هـ.

(٢١١) القواعد الفقهية: تأليف عبد العزيز محمد عزام، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٦هـ.

(٢١٢) القواعد الفقهية: تأليف عزت عبيد الدعاس، مطابع الأمل الحديثة، ط (١)، ١٣٨٥هـ.

(٢١٣) القواعد الفقهية: تأليف علي بن أحمد الندوي، نشر: دار القلم، دمشق، ط (٥)، ١٤٢٠هـ.

(٢١٤) القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية: تأليف محمد عثمان شبير، دار النفائس، الأردن، ط (١)، ١٤٢٦هـ.

(٢١٥) قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية: تأليف الدكتور مصطفى بن كرامة الله مخدوم، دار إشبيليا للنشر والتوزيع، ط (١)، ١٤٢٠هـ.

(٢١٦) القواعد في الفقه الإسلامي المسمى (تقرير القواعد وتحرير الفوائد): للإمام الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت٧٩٥هـ)، راجعه وقدم له وعلق عليه: مشهور آل سليمان، طبعة وزارة الشؤون الإسلامية ١٤٢٤هـ.

(٢١٧) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير: تأليف الدكتور عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، ط (١)، ١٤٢٣هـ.

(٢١٨) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة: تأليف محمد بن عبد الله الصواط، مكتبة دار البيان الحديثة، الطائف، ط (١)، ١٤٢٢هـ.

(٢١٩) القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي: تأليف الدكتور حمد بن محمد الهاجري، كنوز إشبيليا، الرياض، ط (١)، ١٤٢٩هـ.

(٢٢٠) القواعد والضوابط الفقهية في المغني من كتاب النكاح إلى آخر كتاب النفقات: تأليف سمير بن عبد العزيز آل عبد العظيم، رسالة ماجستير بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، عام ١٤١٧هـ.

(٢٢١) القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية: تأليف عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، دار التأصيل، القاهرة، ط (١)، ١٤٢٢هـ.

(٢٢٢) القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية: تأليف علي بن عباس البعلي الحنبلي (ت٨٠٣هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٧٥هـ.

(٢٢٣) القواعد: تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد المقري (ت٧٥٨هـ)، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، بجامعة أم القرى (ب ت).

(٢٢٤) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية: تأليف محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي (ت٧٤١هـ)، دار العلم للملايين، بيروت، (ب ت).

(٢٢٥) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النميري القرطبي (ت٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.

(٢٢٦) الكافي: لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي، دار هجر، مصر، ط (١)، ١٤١٧هـ.

(٢٢٧) كتاب القواعد: تأليف أبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن، المعروف بتقي الدين الحصني (ت٨٢٩هـ)، الجزء الأول والثاني، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، والدكتور جبريل بن محمد البصيلي مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ط (١)، ١٤١٨هـ.

(٢٢٨) كشاف القناع عن متن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، راجعه وعلق عليه: الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة.

(٢٢٩) الكفاية في علم الرواية: تأليف أبي بكر أحمد بن علي بن ثابت المعروف بالخطيب البغدادي (ت٤٦٣هـ)، إدارة جمعية دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد الدكن، ١٣٥٧هـ.

(٢٣٠) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: تأليف أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت١٠٩٤هـ)، اعتنى به: الدكتور عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤١٩هـ.

(٢٣١) اللباب في شرح الكتاب: للشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني (ت١٢٩٨هـ)، خرج أحاديثه وعلق عليه: عبد الرزاق المهدي، كتب خانه، كراتشي، (ب ت).

(٢٣٢) لسان العرب: تأليف جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور (ت٧١١هـ)، نشر: دار صادر، بيروت، ١٣٧٤هـ.

(٢٣٣) لسان الميزان: تأليف الحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، مؤسسة الأعلى للمطبوعات، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٠هـ.

(٢٣٤) اللمع في أصول الفقه: تأليف أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي (ت٤٧٦هـ)، تحقيق: محيي الدين ديب مستو، ويوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، دمشق، ط (٢)، ١٤١٨هـ.

(٢٣٥) المبدع في شرح المقنع: لبرهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح المؤرخ الحنبلي (ت٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي، ١٣٩٧هـ.

(٢٣٦) المبسوط: لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي (ت٤٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، (ب ت).

(٢٣٧) مجلة الأحكام الشرعية: تأليف أحمد بن عبد الله القاري (ت١٣٥٩هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، والدكتور محمد إبراهيم علي، مطبوعات تهامة، جدة، ط (١)، ١٤٠١هـ.

(٢٣٨) مجلة الأحكام العدلية (فقه المعاملات في المذهب الحنفي): بعناية: بسام عبد الوهاب الجابي، دار ابن حزم، بيروت، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

(٢٣٩) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد (٦٩)، السنة الثامنة عشرة – شوال – ذو القعدة – ذو الحجة ١٤٢٦هـ.

(٢٤٠) مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها: العدد (٣٤) شهر رجب عام ١٤٢٦هـ.

(٢٤١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: تأليف عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بشيخي زاده (ت١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (ب ت).

(٢٤٢) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (ت٨٠٧هـ)، مكتبة القدسي (١٣٥٣).

(٢٤٣) مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: تأليف أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي (ت بعد ١٠٢٧هـ)، تحقيق: الدكتور محمد أحمد سراج والدكتور علي جمعة، دار السلام، القاهرة، ط (١)، ١٤٢٠هـ.

(٢٤٤) المجموع المذهب في قواعد المذهب: تأليف أبي سعيد خليل بن كيكلدي العلائي (ت٧٦١هـ)، تحقيق: ودراسة: د. مجيد علي العبيدي، ود. أحمد عباس، المكتبة المكية، دار عمار، ١٤٢٥هـ.

(٢٤٥) المجموع شرح المهذب: للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، حققه وعلق عليه: محمد نجيب المطيعي، المكتبة العالمية بالفجالة، (ب ت).

(٢٤٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية: جمع وترتيب: الشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي الحنبلي (ت١٣٩٢هـ)، وساعده ابنه محمد، تنفيذ: مكتبة النهضة الحديثة، القاهرة، ١٤٠٤هـ.

(٢٤٧) محاسن التأويل: تأليف محمد جمال الدين القاسمي (ت١٣٢٢هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ط (١)، ١٤١٥هـ.

(٢٤٨) المحصول في علم أصول الفقه: تأليف فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي (ت٦٠٦هـ)، تحقيق: الدكتور طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، ط (٢)، ١٤١٢هـ.

(٢٤٩) المحلى: تأليف الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (٤٥٦هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، دار الطباعة المنيرية بمصر، ١٣٤٩هـ.

(٢٥٠) المحيط البرهاني في الفقه النعماني: تأليف محمود بن أحمد البخاري (ت٦١٦هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

(٢٥١) مختار الصحاح: تأليف محمد بن أبي بكر الرازي (ت٦٦٠هـ)، دار القلم، بيروت، (ب ت).

(٢٥٢) المختارات الجلية من المسائل الفقهية: تأليف الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت١٣٧٦هـ)، المؤسسة السعيدية بالرياض، (ب ت).
(٢٥٣) المدخل الفقهي العام: لمصطفى أحمد الزرقاء (ت١٤٢٠هـ)، مطبعة طربين، دمشق، ط (١٠)، ١٣٨٧هـ.
(٢٥٤) المدونة: للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي (ت١٧٩هـ)، دار صادر، (ب ت).
(٢٥٥) مذكرة في أصول الفقه: تأليف محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي (ت١٣٩٣هـ)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٤٠٩هـ.
(٢٥٦) المستدرك على الصحيحين: للحافظ الكبير الحاكم أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري (ت٤٠٥هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ.
(٢٥٧) المستصفى من علم الأصول: تأليف الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤١٧هـ.
(٢٥٨) مسند أبي يعلى الموصلي: تأليف الحافظ أحمد بن علي التميمي (ت٣٠٧هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد، دار الثقافة العربية، دمشق، ط (٢)، ١٤١٢هـ.
(٢٥٩) المسند: للإمام الحافظ أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤٢١هـ.
(٢٦٠) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (ت٧٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٤هـ.
(٢٦١) المصنف في الأحاديث والآثار: للإمام الحافظ أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي (ت٢٣٥هـ)، تحقيق: حمد الجمعة، ومحمد اللحيدان، مكتبة الرشد، ط (١)، ١٤٢٥هـ.
(٢٦٢) المصنف: للحافظ الكبير لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت٢١١هـ)، تحقيق: الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، ط (٢)، ١٤٠٣هـ.
(٢٦٣) مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى: للعلامة الشيخ مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني (ت١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي بدمشق، ط (١)، ١٣٨١هـ.

(٢٦٤) معالم السنن: لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي (ت٣٨٨هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠١هـ.

(٢٦٥) معجم البلدان: للإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي (ت٦٢٦هـ)، دار صادر، بيروت، (ب ت).

(٢٦٦) المعجم الكبير: تأليف الحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (ت٣٦٠هـ)، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، دار إحياء التراث العربي، نشر مكتبة ابن تيمية بالقاهرة، (ب ت).

(٢٦٧) معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية: لعمر رضا كحالة، مطبعة الترقي بدمشق، ١٣٨٠هـ.

(٢٦٨) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: تأليف الدكتور محمود عبد الرحمن عبدالمنعم، دار الفضيلة، القاهرة، (ب ت).

(٢٦٩) معجم المعالم الجغرافية في السيرة النبوية: تأليف عاتق بن غيث البلادي، دار مكة للنشر والتوزيع، ط (١)، ١٤٠٢هـ.

(٢٧٠) معجم لغة الفقهاء: تأليف الدكتور محمد رواس قلعجي، والدكتور حامد صادق قنيبي، دار النفائس، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٨هـ.

(٢٧١) معجم معالم الحجاز: تأليف عائض بن غيث البلادي، دار مكة، ط(١)، ١٣٩٩هـ.

(٢٧٢) معجم مقاييس اللغة: تأليف أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.

(٢٧٣) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلسي والمغرب: تأليف أحمد بن يحيى الونشريسي (ت٩١٤هـ)، خرجه: جماعة بإشراف الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (ب ت).

(٢٧٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشيخ شمس الدين محمد بن محمد الشربيني الخطيب (ت٧٧٧هـ)، دار الفكر، بيروت، (ب ت).

(٢٧٥) المُغْني: للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبدالفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، ط (١)، ١٤٠٦هـ.

(٢٧٦) المفردات في غريب القرآن: تأليف أبي القاسم الحسين بن محمد الأصفهاني (ت٥٠٢هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة، ١٣٨١هـ.

(٢٧٧) مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين: تأليف أبي الحسن علي بن إسماعيل الأشعري (ت٣٣٠هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤١١هـ.

(٢٧٨) مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث: للإمام تقي الدين أبي عمرو عثمان بن عبدالرحمن بن عثمان النصري الشهرزوري الشافعي، المعروف بابن الصلاح (ت٦٤٣هـ)، خرج أحاديثه وعلق عليه: الدكتور مصطفى ديب البغا، ط (١)، ١٤٠٤هـ.

(٢٧٩) المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل: تأليف موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، مع حاشيته للشيخ سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب (ت١٢٢٣هـ)، المؤسسة السعيدية بالرياض، ط (٣)، (ب ت).

(٢٨٠) المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل: تأليف موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت٦٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي، دار هجر، مصر، ١٤١٥هـ.

(٢٨١) الممتع في القواعد الفقهية: تأليف مسلم بن محمد الدوسري، دار إمام الدعوة، ط (١)، ١٤٢٥هـ.

(٢٨٢) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك: تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (ت٤٩٤هـ)، مطبعة السعادة، مصر، ط (١)، ١٣٣٣هـ.

(٢٨٣) المنثور في القواعد: لبدر الدين محمد بن بهادر الشافعي (ت٧٩٤هـ)، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٢١هـ.

(٢٨٤) مُنَحُ الجليل شرح على مختصر سيدي خليل: للشيخ محمد عليش (ت١٢٩٩هـ)، بدون اسم الناشر.

(٢٨٥) المهذب في فقه الإمام الشافعي: تأليف أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت٤٧٦هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، ١٣٧٩هـ.

(٢٨٦) الموافقات في أصول الشريعة: تأليف أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي (ت٧٩٠هـ)، عني بضبطه: محمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، (ب ت).

(٢٨٧) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد المغربي المعروف بالحطاب، ضبطه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ.

(٢٨٨) المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية: للشيخ عبد الله بن سليمان الجرهزي (ت١٢٠١هـ)، اعتنى به: رمزي دمشقية، دار البشائر الإسلامية، ط (٢)، ١٤١٧هـ.

(٢٨٩) الموسوعة الفقهية الميسرة (الطلاق): تأليف الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان، المنصورة، (ب ت).

(٢٩٠) الموسوعة الفقهية: إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بالكويت، ط (١)، ١٤١٤هـ.

(٢٩١) موسوعة القواعد الفقهية: تأليف محمد صدقي بن أحمد البورنو، مكتبة التوبة بالرياض، ط (٢)، ١٤١٨هـ.

(٢٩٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي: تأليف الدكتور علي بن أحمد الندوي، دار عالم المعرفة، ١٤١٩هـ.

(٢٩٣) الموطأ: للإمام مالك بن أنس (ت١٧٩هـ)، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: الدكتور بشار معروف ومحمود خليل، مؤسسة الرسالة، ط (٣)، ١٤١٨هـ.

(٢٩٤) ميزان الاعتدال في نقد الرجال: تأليف أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاري، دار إحياء الكتب العربية، ط (١)، ١٣٨٢هـ.

(٢٩٥) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار: لشمس الدين أحمد بن قودر، المعروف بقاضي زاده أفندي، (وهو تكملة "فتح القدير" لابن الهمام الحنفي)، مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط (١)، ١٣٨٩هـ.

(٢٩٦) نصب الراية لأحاديث الهداية: تأليف جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي (ت٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، نشر وزارة الشؤون الإسلامية، ط (٢)، ١٤٢٤هـ.

(٢٩٧) نظرية الضرورة الشرعية: تأليف الدكتور وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٥)، ١٤١٨هـ.

(٢٩٨) نقض الاجتهاد دراسة أصولية: تأليف أحمد بن محمد العنقري، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٨هـ.

(٢٩٩) نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول: تأليف جمال الدين عبدالرحيم بن الحسن الإسنوي (ت٧٧٢هـ)، تحقيق: الدكتور شعبان محمد إسماعيل، دار ابن حزم، ١٤٢٠هـ.

(٣٠٠) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الأنصاري (ت ١٠٠٤هـ)، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٨٦هـ.

(٣٠١) نهاية المطلب في دراية المذهب: تأليف إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني (ت٤٧٨هـ)، تحقيق: عبد العظيم الديب، إصدار وزارة الأوقاف بدولة قطر، ط (١)، ١٤٢٨هـ.

(٣٠٢) النهاية في غريب الحديث والأثر: للإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك ابن محمد ابن محمد الجزري، المعروف بابن الأثير (ت٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي رحمه الله، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٨٣هـ.

(٣٠٣) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: تأليف أبي محمد عبدالله ابن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني (ت٣٨٦هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح الحلو، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٩٩٩م.

(٣٠٤) نيل الابتهاج بتطريز الديباج: تأليف أحمد بابا التنبكتي (ت١٠٣٦هـ)، إشراف وتقديم عبد الحميد عبد الله الهرامة، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ط (١)، ١٩٨٩م.

(٣٠٥) نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار: لأبي محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن القيم، الرياض، ط (١)، ١٤٢٦هـ.

(٣٠٦) الهداية في شرح بداية المبتدي: تأليف أبي الحسن بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت٥٩٣هـ)، اعتنى به: الشيخ طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (ب ت).

(٣٠٧) الوافي بالوفيات: لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (ت٧٦٤هـ)، باعتناء هلموت ريتر، ١٤١١هـ.

(٣٠٨) الوجيز في أصول الفقه: تأليف الدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٧)، ١٤٢٢هـ.

(٣٠٩) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: تأليف الدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٥)، ١٤٢٢هـ.

(٣١٠) الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية: تأليف الدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

(٣١١) الوجيز في فقه الإمام الشافعي: تأليف أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٩هـ.

(٣١٢) الوسيط في المذهب: تأليف أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، دار السلام، مصر، ط (١)، ١٤١٧هـ.

(٣١٣) وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: تأليف أحمد بن محمد بن إبراهيم بن خلكان (ت٦٨١هـ)، تحقيق: الدكتور إحسان عباس، نشر: دار صادر، بيروت.

(٣١٤) الوكالة في الفقه الإسلامي: تأليف طالب قائد مقبل، دار اللواء للنشر والتوزيع، الرياض، ط (١)، ١٤٠٣هـ.

* * *

فهرس الموضوعات

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى | الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى | الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

المحتوى	الصفحة

* * *